

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCVII •

Marzo-Abril

• Núm. 784

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 • Marzo-Abril 2021 • Núm. 784

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

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

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «Efectos de los matrimonios poligámicos en España» / *The Effects of polygamous marriages in Spain....* 749
- MURILLO VILLAR, Henar: «El contrato estimatorio y su proyectada codificación» / *The consignment agreement and its planned enactment in law.....* 779
- RODRÍGUEZ PADILLA, Maridalia: «Instrumentos jurídico-financieros de fomento al ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad» / *Legal financial instruments to promote savings for the access to owned housing.....* 815
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Segunda parte» / *The judicial attribution of the use of the family home in cases of marital crisis and its registry repercussions Second part.....* 865

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): El principio de tracto sucesivo registral gráfico» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (V): The principle of successive graphic registry tract.....* 913

GOMEZ GÁLLIGO, Javier: «Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo» / <i>Influence of the mortgage law on the theory of the title and the mode in the acquisition of real rights</i>	965
--	-----

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

CERRATO GURI, Elisabet: «Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas» / <i>How to achieve the effectiveness of civil judicial execution through the activation of alternative enforcement mechanisms</i>	991
--	-----

ROVIRA FERRER, Irene: «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles» / <i>The fiscal impact of COVID-19 in the leasing of real estate</i>	1025
---	------

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	1061
--	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Discapacidad psíquica y maternidad: incipiente evolución jurisprudencial» / <i>Psychic disability and maternity: incipient jurisprudential evolution</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	1115
--	------

1.2. Derecho de familia:

— «Beneficios, dividendos, reservas sociales y liquidación de la sociedad de gananciales» / <i>Benefits, dividends and social reserves and liquidation of conjugal society</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	1131
---	------

1.3. Derechos reales:		
— «La okupación de inmuebles: un supuesto de posesión ilegítima» / <i>Property occupation: an event of illegitimate possession</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....		1187
1.4. Sucesiones:		
— La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes? / <i>The lack of family relationship: right causa of disinheritance?</i> , por Clara GAGO SIMARRO y Pablo ANTUÑA GARCÍA.....		1208
1.5. Obligaciones y Contratos:		
— «La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido» / <i>The management activity of the Compliance Officer: contract and content proposal</i> , por Juan Carlos VELASCO-PERDIGONES.....		1241
1.6. Responsabilidad civil:		
— «Vehículos a motor y responsabilidad civil derivada de incendios» / <i>Motor vehicles and civil liability arising from fires</i> , por David Rafael GUINEA FERNÁNDEZ		1290
1.7. Concursal:		
— «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (II). Suspensión de los desahucios con arreglo al Real Decreto Ley 37/2020, de 23 de diciembre» / <i>Urban leases, COVID-19 epidemic and state of alarm (II). Suspension of evictions in accordance with Royal Decree Law 37/2020, of December 23</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS		1308
2. MERCANTIL:		
— «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria» / <i>Consequential damages, loss of earnings and limitation of liability in</i>		

<i>an aircraft accident at an airport terminal</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	1336
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «Actos de protección de las Vías pecuarias e inscripciones constractorias» / <i>Livestock trails and contradictory inscriptions</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	1354

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	1373
----------------------------------	------

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Relaciones contractuales de cooperación en el medio agrario y rural», de Esther MUÑIZ ESPADA, por José Antonio COBACHO GÓMEZ.....	1377
«El rango registral en las novaciones de hipoteca», de María LUQUE JIMÉNEZ, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO.....	1379
«Armonización europea de las prácticas comerciales desleales: nuevas medidas para equilibrar la negociación en la cadena alimentaria», de María José CAZORLA GONZÁLEZ, por Francisco MILLÁN SALAS	1382
«La guarda y custodia», de Javier MARTÍNEZ CALVO, por Isaac TENA PIAZUELO	1384

ESTUDIOS

Efectos de los matrimonios poligámicos en España

The Effects of polygamous marriages in Spain

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora propia ordinaria
Universidad Pontificia Comillas*

RESUMEN: El presente estudio aborda el reconocimiento de efectos en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, a través del análisis de más de cien casos resueltos por la jurisprudencia y la doctrina administrativa. A pesar de la evidente contrariedad de la poligamia con derechos fundamentales, en particular con la igualdad y la dignidad de la mujer, dos son las grandes conclusiones del estudio. Por una parte, la protección de determinados derechos de las segundas o terceras esposas, en casos de poligamia real, debería tener una aplicación homogénea. Por otra, la doctrina de la «poligamia potencial» abandonada ya en países de nuestro entorno, se está generalizando en España en el ámbito del Derecho privado, condicionada seguramente por una visión etnocéntrica del matrimonio y por políticas restrictivas en materia migratoria, y su aplicación está suponiendo una muy clara vulneración de los derechos de muchos inmigrantes.

ABSTRACT: This work analyzes the effects of polygamous marriages in Spain through a revision of more than hundred cases of Spanish jurisprudence and administrative practice. Although polygamy is not consistent with fundamental rights, some rights of women, in cases of real polygamy, must be recognized

and protected. On the other hand, potential polygamy theory, already abandoned in other countries, has spread out in Spain, affecting rights of many migrants.

PALABRAS CLAVE: Poligamia. Migración. Familia. Género. Derechos fundamentales. Derecho privado.

KEY WORDS: *Polygamy. Migration. Family. Gender. Fundamental Rights. Private law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA POLIGAMIA EN DERECHO ISLÁMICO Y SUS EFECTOS EN EUROPA.—III. ENTRADA, RESIDENCIA Y ARRAIGO EN ESPAÑA DE FAMILIAS POLIGÁMICAS: DERECHO DE EXTRANJERÍA Y DE NACIONALIDAD.—IV. EFECTOS DE LA POLIGAMIA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.—V. EFECTOS DE LA POLIGAMIA EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A un matrimonio de gambianos, tras vivir muchos años en España, con permiso de residencia y trabajo, y adquirir posteriormente la nacionalidad española, les denegaron la inscripción de su matrimonio en el Registro civil español, alegando que, aunque él no había contraído matrimonio con más esposas, en la inscripción de su país de origen constaba que el esposo «opta por la poligamia entera».

Al morir el marido en España, a la mujer le deniegan, primero administrativamente y luego judicialmente, la pensión de viudedad. El TSJ de Cataluña, en su Sentencia de 27 de septiembre de 2017 afirma: «Si un extranjero contrae matrimonio poligámico, y más tarde adquiere la nacionalidad española, sin adecuar su matrimonio a la legalidad española, ese matrimonio por ir en contra de los pilares fundamentales que soportan dicha institución, y del orden público, no es un matrimonio que pueda tener efecto alguno frente a terceros, y por ende, no es un matrimonio válido que permita acceder a percibir la pensión de viudedad».

En el presente artículo, analizo los efectos que la poligamia tiene en el ordenamiento jurídico español, habida cuenta de la importante presencia en nuestro país de extranjeros procedentes de países musulmanes en los que este

tipo de matrimonio está permitido. El caso que acabo de resumir, muestra bien las tres grandes cuestiones en torno al tratamiento de esta institución en España: los diversos efectos de la misma en los diversos órdenes, la discutible calificación de muchos supuestos de poligamia «potencial», y la doble discriminación de muchas mujeres a las que, en nombre de la igualdad, se les niegan derechos adquiridos.

El trabajo descansa en el análisis de más de 100 resoluciones judiciales y administrativas, en las que se determinan los efectos de uniones poligámicas de extranjeros en España, en materia de Derecho de extranjería, nacionalidad, civil, protección social y penal.

Este «estudio de casos» permite concluir que, con independencia de que la poligamia es una institución que, en los países de origen, es cada vez menos practicada y está sufriendo reformas tendentes a limitarla, el tratamiento de sus efectos en España, en casos de poligamia «real», no es homogéneo en los diversos órdenes, e incluso contradictorio entre ellos, como se pone de relieve en el ejemplo con el que comienza este epígrafe.

Por otra parte, en los últimos años se ha consolidado en nuestro país la teoría de la «poligamia potencial», que, nacida en el Reino Unido a mediados del siglo XX, y extendida a diversos países anglosajones, ha ido abandonándose progresivamente en ellos por la vulneración de diversos derechos que supone su aplicación. Según esta teoría no solo es polígamo el matrimonio de un hombre con dos o más mujeres, sino también el de un hombre y una mujer que, según el derecho aplicable, puede ser polígamo en el futuro porque el marido no ha renunciado a la poligamia en el momento de la celebración de su primer enlace.

La aplicación de esta teoría, que no atiende al carácter excepcional del orden público que debe operar cuando la institución extranjera atenta gravemente contra principios fundamentales del Derecho propio, sino a un análisis legalista, probablemente condicionado por imperativos restrictivos en materia migratoria, que en muchos casos denota una escasa comprensión de la diversidad jurídico cultural de la institución matrimonial en Derecho comparado, puede vulnerar gravemente derechos fundamentales: derechos sociales, como el de la viuda gambiana, pero también la propia seguridad jurídica del sistema, por la exigencia de que las relaciones familiares tengan un reconocimiento transfronterizo.

II. LA POLIGAMIA EN DERECHO ISLÁMICO Y SUS EFECTOS EN EUROPA

La poligamia, institución existente en diversas culturas, singularmente en la islámica, en virtud de la cual un hombre puede contraer matrimonio con

varias mujeres simultáneamente sin que previamente se declare el divorcio o la nulidad de los enlaces anteriores, ya estaba prevista en el Corán: «...entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro» (sura 4, ayat 3). Este texto sagrado, reguló esta institución que tenía existencia preislámica limitando el número de mujeres de 10 a 4 (ZGHAL, 2007; JORDÁN, 2000), aunque «Mahoma tuvo autorización coránica de no limitarse a cuatro, y poseyó al menos diez esposas legítimas simultáneamente, sin contar las concubinas» (SAEZ CASTÁN, 2010, 9).

La limitación coránica a la poligamia no solo se advierte en el número de esposas, sino en el ayat que se incluye a continuación: «Si teméis no obrar con justicia, entonces (casaos) con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal». Para algunos juristas, esta segunda frase es una «prescripción islámica implícita de la monogamia, afirmando que es imposible que un hombre trate con imparcialidad a sus esposas». (COMBALÍA, 2001, 14-5).

En Derecho islámico comparado, es una institución muy extendida¹, y prevista en la legislación de numerosos países de los que provienen muchos inmigrantes y refugiados que llegan a Europa². Según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA), en nuestro continente viven más de 13 millones de musulmanes, y en España esta religión supera ya el millón y medio de fieles (DIAGO DIAGO, 2015).

No obstante, en las legislaciones de la mayoría de países musulmanes se están introduciendo algunas restricciones a la poligamia, como por ejemplo, la de incluir en el contrato matrimonial una cláusula que habilite a la primera esposa a solicitar el divorcio si su marido contrae un segundo matrimonio (FERNÁNDEZ GUERRERO 2011; NAVARRO VALLS, 2018).

Entre los países mediterráneos, Túnez ya la ha prohibido³, pero el resto la permiten, incluido Marruecos⁴. En relación a nuestro país vecino, el nuevo Código de estatuto personal marroquí otorga a la primera mujer la posibilidad de oponerse a contraer matrimonio poligámico, y a pesar de ello, aunque no haya habido oposición, la celebración de un segundo matrimonio está sometida a una autorización judicial para la que se tiene en cuenta la opinión de la segunda esposa (LARRONDO LIZARRAGA, 2009; RUDE-ANTOINE, 1997). Aunque la doctrina señala que la práctica de la poligamia es excepcional en Marruecos (BEN SEDRINE, 2018), en los últimos años ha sufrido un repunte: en 2015, se contrajeron 952 matrimonios polígamos, sobre un total de 301.746, frente a los 868 (sobre un total de 312.495) de 2014⁵. Y su aceptación social se demuestra en que el propio ministro de Justicia del país vecino, Mustafa RAMID, es polígamo, así como algún otro miembro del Gabinete, y varios diputados⁶.

En algunos sistemas jurídicos, fundamentalmente del África subsahariana, el marido elige el tipo de matrimonio antes de contraerlo: total o

limitadamente poligámico o monógamo (LIÑÁN, 2016, 13). Es el caso, por ejemplo, de los Derechos senegalés (arts. 133 a 135 del Código de familia) o gambiano que, además, en defecto de opción, establecen la presunción de que el matrimonio es poligámico (QUINONES, 2010). La previsión legal de estos países que define el matrimonio, por defecto, como poligámico, aunque nunca lo llegue a ser, y así se inscribe en el Registro, está produciendo muchos problemas a los extranjeros procedentes de ellos que llegan a España, como veremos enseguida.

Frente a esta regulación en países musulmanes, en los ordenamientos jurídicos civiles europeos la poligamia no está permitida por ser una institución contraria a los principios constitucionales pero también a los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE, aunque su admisión o «regulación» en algunos países, ha llegado a plantearse en el marco de otras reformas de la institución matrimonial⁷. A pesar de que se ha discutido sobre la colisión de «derechos» que la institución genera (los derechos fundamentales a la libertad religiosa, ideológica y de culto, a la intimidad personal y familiar, y a la protección social, económica y jurídica de la familia para los que abogan por su reconocimiento, frente al derecho a la igualdad y a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre los cónyuges para los que lo niegan), el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la facultad de los Estados de preservar su cultura jurídica monógama y por tanto de no reconocer el matrimonio poligámico (JUÁREZ, 2012; LIÑÁN, 2016; OLMOS, 2019). Además, el Parlamento Europeo en su Resolución sobre inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea (2006/2010-INI) pide a los Estados miembros mantener la prohibición de la poligamia.

Sin embargo, nuestros sistemas jurídicos han tenido que afrontar los efectos de esta institución, debido al importante número de extranjeros que viven en Europa y que proceden de países en los que está permitida, a los que acabo de hacer referencia (ADROHER, 2000).

Ciertamente, un matrimonio polígamo no puede entrar y residir en Europa, dado que la normativa europea sobre reagrupación familiar solo permite reagrupar a un cónyuge, pero no a más de uno⁸, pero hay muy numerosos casos de familias polígamas asentadas en territorio europeo que contraen el segundo y posteriores enlaces en los países de origen, entran en Europa, y viven entre nosotros. (DI PIETRO, 2015).

Una vez en Europa, han llegado algunos casos a los tribunales planteando demandas vinculadas a estos peculiares vínculos familiares en materia civil (sucesiones, alimentos...) o de seguridad social (pensiones...).

La jurisprudencia de los países europeos, como Reino Unido o Francia, ha evolucionado en el tratamiento jurídico de este tipo de situaciones de forma evidente. En un primer momento se les negaron todo tipo de

efectos, pero en los 70 comenzaron a reconocerse determinados derechos legítimamente adquiridos, atenuando la aplicación del orden público. Esta evolución también se produjo respecto de los matrimonios potencialmente polígamos, que no lo eran *de facto* pero podrían llegar a serlo. (LAGARDE, 1993; ZAMORA CABOT, 1982).

La doctrina del orden público atenuado tiene origen en la jurisprudencia francesa en virtud de la cual «el orden público internacional francés no se opone al reconocimiento de ciertos efectos, principalmente de orden pecuniario, de una unión bigámica contraída sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente según las reglas francesas de conflicto de leyes»⁹. Los efectos reconocidos son, junto a la pensión de viudedad, la liquidación del régimen económico matrimonial, el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. Sin embargo, se consideró como contrario al orden público francés que el marido impusiera a la primera esposa la presencia de la segunda en el domicilio matrimonial¹⁰. No obstante, los efectos atenuados no se producen, según la teoría alemana del orden público de proximidad —*Inlandsbeziehung*— que los tribunales franceses también aplicaron, si el supuesto presenta una fuerte conexión con Francia: así lo estableció, por ejemplo, el Tribunal de Casación en el célebre caso Baaziz que dio lugar a dos sentencias del Alto Tribunal: si la primera mujer ostenta la nacionalidad francesa, el segundo matrimonio de su marido no puede desplegar efectos en Francia¹¹. Esta teoría supone que la atenuación del orden público se hace depender, también, del nivel de integración o vinculación con la sociedad de acogida, lo cual hace que la doctrina generalmente lo acoja como una positiva solución salomónica al conflicto de civilizaciones (NIBOYET & DE LA PRADELLE, 2009, 278), si bien no está exenta de críticas (CALVO & CARRASCOSA, 2016, 618).

En el Reino Unido, a partir del caso Hyde v. Hyde de 1966, se calificaron como matrimonios poligámicos no solo a los que lo eran de hecho sino a los que podían llegar a serlo en virtud de las leyes que los regían (matrimonios potencialmente poligámicos). Estos enlaces, estaban desprovistos de efectos jurídicos tales como la posibilidad de instar ante los tribunales británicos el divorcio, o los alimentos, con la consiguiente indefensión generada a muchos extranjeros residentes en este país, cuyos matrimonios no eran, ni siquiera de hecho, polígamos. En 1972 la *Matrimonial causes Act* supuso un tímido avance hacia el reconocimiento de derechos derivados del matrimonio «potencialmente» poligámico en relación a la legitimidad y derechos sucesorios de los hijos y de las viudas, los derechos de Seguridad social, etc...; esta Ley calificó como matrimonios poligámicos, y por tanto nulos, los de personas domiciliadas en Inglaterra y Gales que hubieran contraído matrimonio en el extranjero conforme a una ley que permite la poligamia; no debe olvidarse que muchos súbditos de la Commonwealth son nacionales

de países en los que la poligamia está permitida y contraen matrimonio allí. La jurisprudencia moduló la aplicación estricta de estas reglas, y a propuesta de una Comisión legislativa, la *Private International Miscellaneous Provisions Act* de 1995 determinó la validez de los matrimonios celebrados fuera del Reino Unido que, aún contraídos conforme a una ley que permita la poligamia fueran monógamos en la práctica (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS 1996). Esta posición favorable al pleno reconocimiento de los matrimonios monógamos pero potencialmente polígamos, se ha recogido, también, en la jurisprudencia de otros países anglosajones como Australia, como muestra una reciente sentencia de la Full Family Court (*Ghazel v Ghazel and Anor* [2016] Fam CAFC 31¹²), Irlanda como ha señalado su Tribunal Supremo en 2017¹³, Nueva Zelanda (NORTH 1990) o Canadá (CASTEL & WALKER 2005).

En España, como en el resto de países europeos y occidentales, la poligamia es contraria también al ordenamiento jurídico español. El artículo 46.2 del Código civil regula el impedimento de vínculo o la libertad de estado¹⁴, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que en nuestro país rige la monogamia (BERCOVITZ, 2015, 52; CASTÁN, 1987). Como ha señalado la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante DGRN) de 28 de agosto de 2015, el marco constitucional vigente en España no es respetado en esta institución: «El artículo 1 señala a la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español; el artículo 10.1 considera a la dignidad humana y los derechos a ella inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; el artículo 14 contiene un mandato de igualdad y una prohibición de discriminación por razón de sexo; y, ya en el aspecto matrimonial, el artículo 32.1 prescribe la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio».

Este carácter de la poligamia, como contraria al orden público español, se manifiesta en que además es un delito; así se tipificó en todos los códigos penales españoles (LABARCA 2005) y hoy está previsto en el artículo 217 del Código Penal¹⁵. Se trata de un delito doloso, y por tanto no se produce si el polígamo ha actuado por error, sino únicamente si tiene plena conciencia de que su comportamiento es ilícito. (JUÁREZ, 2012, 24). Así se advierte, por ejemplo, en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa número 181/2010 de 30 abril y de Málaga número 7/2003 de 11 de febrero¹⁶. ASÍN CABRERA (2015) ha estudiado los argumentos que han sido esgrimidos por los acusados del delito de bigamia para alegar el error: «La creencia de que un matrimonio coránico celebrado en Marruecos no es válido en España y por consiguiente, al no tener validez en nuestro ordenamiento jurídico no incurriría en un delito de bigamia si contrae un nuevo matrimonio en nuestro país, o el hecho de que el acusado sea de religión musulmana, y esta religión permita la poligamia o la creencia de que

un matrimonio anterior pudiera quedar sin efecto al denunciar el carácter de “matrimonio de conveniencia” ante la Policía».

El objeto principal de este trabajo es el de analizar los efectos que, en el ámbito del Derecho privado, pueden derivarse de los matrimonios (real o potencialmente) poligámicos en España, a través de un estudio de la abundante jurisprudencia y doctrina registral, así como de la doctrina especializada.

Tras una exposición de la regulación sobre la llegada, residencia y arraigo de familias poligámicas a España y su aplicación práctica (Derecho de extranjería y nacionalidad) analizaré los efectos de Derecho privado derivados de estas relaciones: Derecho registral, civil y social. Como puede advertirse en la bibliografía, ha habido profusos estudios sobre cada uno de estos ámbitos; el objetivo de este trabajo es ofrecer una visión panorámica de cada uno de ellos, y advertir cuales son las contradicciones o incoherencias en el tratamiento en Derecho español en sentido global, para formular algunas propuestas finales.

III. ENTRADA, RESIDENCIA Y ARRAIGO EN ESPAÑA DE FAMILIAS POLIGÁMICAS: DERECHO DE EXTRANJERÍA Y DE NACIONALIDAD.

1. DERECHO DE EXTRANJERÍA

La primera cuestión que debe analizarse es si las familias extranjeras poligámicas pueden entrar y residir en España, toda vez que, evidentemente, no es posible celebrar los segundos enlaces en nuestro país ante autoridad española, ya que el contrayente tiene impedimento de vínculo de acuerdo con el Derecho español, aunque según su ley nacional pueda casarse, dada la contrariedad de esta ley con el orden público español¹⁷.

Sin embargo, si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, ¿es posible entrar y residir en España con las segundas familias? La normativa de extranjería tiene en cuenta los vínculos familiares a la hora de regular tanto los visados de entrada en España por reagrupación familiar como los permisos de residencia en nuestro país, en función de la nacionalidad del reagrupante.

Si el reagrupante es español o ciudadano de la UE, la norma reguladora en España (derivada de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) es el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que señala que el régimen especial de familiares de ciudadanos

comunitarios se aplica, entre otros, a «su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio» (art. 3 d), y estos familiares se benefician del derecho a la libre circulación y residencia¹⁸. Según esta normativa, solo uno de los cónyuges, en el caso de matrimonio poligámico, tiene el derecho a la reagrupación familiar, pero los hijos, con independencia de su origen, tienen derecho en todo caso, incluso en supuestos en los que documentalmente puedan existir dudas sobre la filiación¹⁹.

En el caso de que el reagrupante no sea español o ciudadano de la UE, el derecho a la reagrupación familiar se regula (tal y como prevé el artículo 5.2. de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar), en los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 (y 39 y siguientes del Reglamento de Extranjería)²⁰. En los artículos 17 de la Ley y 53 del Reglamento se señala en relación al cónyuge que «en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial».

Pues bien; la práctica administrativa y jurisprudencia española relativa al tratamiento de la poligamia a efectos de reagrupación familiar de una de las esposas del reagrupante, es una buena muestra de lo que en Derecho internacional privado se ha denominado orden público atenuado, ya que se permite que la esposa reagrupada no sea necesariamente la primera, *buscando así un equilibrio entre los valores esenciales del Estado de acogida y la válida celebración del matrimonio con varios cónyuges en el Estado de origen* (JIMÉNEZ BLANCO, 2018). Sin embargo ello supone otra discriminación al dejar en manos del varón la decisión de a cual de sus mujeres reagrupa (NIETO 2020:309)²¹

Por tanto, la segunda esposa de un residente en España, tanto por el régimen general como por el comunitario, podría beneficiarse, con condiciones, de la reagrupación familiar, y aunque no se le reconociera este derecho, puede entrar en España con un visado de otro tipo, si concurren los requisitos correspondientes. Muchos de los casos que analizo en los siguientes epígrafes, en los que se plantea algún efecto derivado de la poligamia, han entrado en España por una de estas dos vías.

Sin embargo, ya en este ámbito se advierte la aplicación de la teoría de la «poligamia potencial». Así, en las instrucciones que aparecen en la página web del consulado de España en Dakar para solicitar el visado por reagrupación familiar, se señala que no podrá solicitarse tal visado si en la inscripción del matrimonio figura, como opción, la poligamia²². Resulta paradójico que, en un caso de poligamia real se permita reagrupar a la segunda esposa, pero en caso de poligamia «potencial» no se permita reagrupar a la única esposa.

2. DERECHO DE LA NACIONALIDAD

Una vez que el extranjero tiene permiso de residencia en España, la adquisición de la nacionalidad española por residencia, exige, según el artículo 22.4 del Código civil (en adelante CC) acreditar «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española». La forma de medir la integración ha ido evolucionando a lo largo de los años; actualmente se exige la concurrencia de elementos subjetivos (desde el 15 de octubre de 2015, un examen del Instituto Cervantes que evalúa dicha integración) y objetivos. Entre estos últimos, a partir del año 2000, tanto la Audiencia Nacional (AN), como el Tribunal Supremo (TS), han considerado a la poligamia como una evidencia absoluta de no integración²³.

Sin embargo, en algunas ocasiones «la DGRN ha concedido la nacionalidad española a sujetos cuya ley nacional admitía la poligamia, y que en el momento de adquirir la nacionalidad, o estaban casados con dos mujeres y vivían con ellas de forma simultánea, o habían vuelto a contraer matrimonio sin la disolución previa del vínculo matrimonial anterior, es decir que ejercían la poligamia de forma efectiva» (CASTELLANOS, 2018, 99). Esto ha sucedido por la ocultación de esta circunstancia por parte del interesado y la falta de control de la misma por parte de las autoridades españolas.

Sin embargo los casos en los que los tribunales han denegado la nacionalidad española por esta causa, con alguna excepción²⁴, son muy variados: generalmente se deniega si existe base documental o registral²⁵, pero también en casos en que, sin esta constancia, se deduce la poligamia de las manifestaciones del interesado²⁶, de informes policiales²⁷, o de la comprobación fáctica de que existen dos familias²⁸. Incluso, se denegó la nacionalidad a un solicitante que fue polígamo, pero en el momento de la solicitud de la nacionalidad española ya está divorciado de uno de los enlaces, y a pesar de ello, se le deniega la nacionalidad española²⁹.

Lo más preocupante, a mi juicio, es que a partir de 2016, comienza a aplicarse en este ámbito la doctrina de la poligamia potencial, negando la adquisición de la nacionalidad española a hombres senegaleses monógamos, dado que en su país para optar por la monogamia hay que hacerlo constar en el momento de la celebración del matrimonio, y por defecto se presume que el matrimonio es polígamo³⁰. También se ha dictado alguna sentencia en relación a nacionales de otros países como Mali³¹. Incluso se ha denegado la nacionalidad española en casos de varones que han renunciado a la poligamia ante las autoridades de su país de origen, y aportan un certificado en este sentido, pero con posterioridad a la solicitud de la nacionalidad (RACHED 2020). Lo aconsejable será, por tanto, que la renuncia sea anterior a la solicitud.

IV. EFECTOS LA POLIGAMIA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Como ya he señalado, no es posible contraer en España, ante autoridad española, un matrimonio poligámico. Además, aunque España firmó el Acuerdo de Cooperación con la Comisión islámica por el que se reconocen efectos civiles al matrimonio contraído en forma islámica, estos efectos solo alcanzan al primer enlace³², a pesar de que algunos autores han advertido cierta debilidad en el sistema establecido (LIÑAN, 2016, 21-2).

Sin embargo, ha habido muchas solicitudes de inscripción en el Registro civil (RC) de matrimonios poligámicos contraídos en el extranjero por personas que, a pesar de lo señalado en el apartado anterior, han obtenido la nacionalidad española por no haberse advertido en el expediente este indicio de «falta de integración» en España. Y es que, cuando una persona casada en el extranjero adquiere la nacionalidad española, debe inscribir su matrimonio en el RC español (art. 66, 1, RRC). Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el RC español competente (cfr. arts. 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro está, que cumplan los requisitos exigidos. La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central si están los promotores domiciliados en España (cfr. art. 68. II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. arts. 23 LRC y 85 y 256 del RRC), bien el expediente registral al que se refiere el artículo 257 del RRC, «en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos», es decir, que el enlace sea válido para el ordenamiento español, y es ahí cuando se plantea la posible aplicación del orden público frente a un enlace poligámico.

En alguna resolución antigua se activó, en este ámbito, el ya explicado «orden público atenuado» en atención a la escasa conexión con el Derecho español que estas uniones presentan, efectos atenuados porque se trataba de relaciones jurídicas ya constituidas y que desplegaban sus efectos en el ordenamiento jurídico extranjero. Así, en la Resolución de 10 de julio de 1989 se permitió el acceso al RC español de un matrimonio entre española y marroquí separado, que no divorciado, de anterior matrimonio dado que «en Marruecos los varones para poderse casar de nuevo no necesitan divorciarse». La DGRN no consideró contrario al orden público español el reconocimiento indirecto de esta poligamia.

Sin embargo, como se ha señalado (ASÍN CABRERA, 2014) la mayor parte de las resoluciones, no activan esta atenuación: deniegan la inscripción en el RC³³, aunque apuntan veladamente posibles efectos atenuados del enlace: «No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese

hecho pueda producir para el ordenamiento español...»³⁴. Es el caso de la Resolución del 22 de enero de 2019, en la que se deniega la inscripción a un senegalés en cuyo certificado de matrimonio figuraba la monogamia pero cuya mujer afirmaba que tenía varias mujeres y 15 hijos. En otra, constaba el anterior matrimonio no disuelto a la celebración del segundo (Resolución núm. 10/2017 de 19 de mayo). En sentido similar pero sin las evidencias de la existencia de las otras familias la Resolución número 10/2019 de 17 de enero.

Y si la atenuación del orden público fue cediendo paso a la denegación de la inscripción junto al reconocimiento indirecto y genérico de «determinados efectos», en las resoluciones más recientes comienza a aplicarse, también en estos casos, la teoría de la «poligamia potencial», que se traduce en denegar la inscripción a matrimonios realmente no polígamos sino potencialmente polígamos, teoría duramente criticada por la doctrina (VAQUERO, 2018) y que se ha aplicado en relación a nacionales de Senegal³⁵, Gambia,³⁶ Mali³⁷, Ghana³⁸, Bangladesh³⁹, y Bahrein⁴⁰.

La misma doctrina registral restrictiva se aplica en relación al matrimonio consuetudinario que, por hipótesis, puede ser polígamo, pero no necesariamente lo es en la práctica. Así se advierte en la Resolución de 23 de febrero de 2018, en la que, además de problemas relacionados con la prueba documental del enlace celebrado en Ghana, se deniega la inscripción por la diversidad cultural en la regulación de la institución matrimonial en abstracto, y no porque este matrimonio que pretende inscribirse en concreto plantee algún tipo de objeción⁴¹; algo parecido sucede en la Resolución número 10/2017 de 28 de julio. Es también el caso de la Resolución de 23 de enero de 2015 en la cual el matrimonio consuetudinario se contrajo en Guinea Ecuatorial pero faltan datos esenciales para el acceso al RC⁴² y de la Resolución de 25 de enero de 2012 en la que se señalan las características del matrimonio «consuetudinario» que lo hace contrario al orden público español⁴³.

Ha de tenerse en cuenta que, en todos estos casos de inscripciones de matrimonios denegadas, uno de los contrayentes ha adquirido la nacionalidad española y esta adquisición es la base para la posterior inscripción del matrimonio. Es decir, en sede de nacionalidad no ha sido «sancionado» el matrimonio potencialmente poligámico, y posteriormente en sede registral se considera contrario al orden público.

La doctrina registral sobre el matrimonio «potencialmente poligámico», ha sido, afortunadamente corregida en sede jurisdiccional. La primera sentencia relevante es de la Audiencia Provincial de Álava número 339/2016 de 26 octubre. En ella se aborda el caso de un súbdito gambiano que contrajo matrimonio en Gambia en 2000, del que nacieron dos hijos; adquirió la nacionalidad española en 2011, al haber residido de forma continuada en España durante, al menos, diez años, y en aplicación de la Ley de Extranjería reagrupó a su esposa e hijos. Inició el expediente de inscripción del

matrimonio ante el Registro Civil, denegándose la inscripción por haber contraído el matrimonio conforme al ordenamiento jurídico de la República de Gambia que permite la poligamia. Recurrió a la DGRN que confirmó la denegación de la inscripción, y por ello interpuso una demanda ante la jurisdicción ordinaria que, en primera instancia, confirmó la denegación, pero en apelación fue revocada con la siguiente argumentación: «El orden público constitucional no queda vulnerado por la inscripción de este matrimonio en el RC. Es un hecho cierto que el Sr. tiene la nacionalidad española, que ha reagrupado en nuestro país a su familia, mujer y dos hijos, y que en nuestro país y bajo el paraguas de nuestras leyes no podrá volver a contraer matrimonio. La inscripción en el Registro someterá el vínculo matrimonial contraído en su país de origen a las normas, derechos, y deberes de nuestro ordenamiento. Desde la inscripción en el Registro el marido y la mujer serán iguales en derechos y obligaciones, y la mujer tendrá plena libertad de actuación, principios básicos del orden público como ya hemos dicho en los párrafos anteriores. La Sala considera que la inscripción en el Registro se hace necesaria una vez que la familia vive en España y está sujeta a nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que el recurso debe prosperar».

También se pronuncia de forma similar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2017 en un caso parecido también de un nacional de Ghana, en el cual, sin embargo, la instancia asume ya la tesis de no considerar contraria al orden público español la «poligamia potencial».

Al margen de los efectos civiles registrales, en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no han llegado a los tribunales, todavía, demandas en las que se planteen efectos derivados de una unión polígama tales como los alimentos, el régimen económico matrimonial o las sucesiones. La jurisprudencia civil publicada hasta ahora, aborda otras cuestiones de tipo tangencial. Así, en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de octubre de 2015, se discute la modificación de la pensión compensatoria que un médico saharauí debía abonar a su primera esposa de la que se ha divorciado, habiéndose vuelto a casar. El pretende hacer valer su cultura poligámica sin mucho éxito.

La poligamia, aparece también de forma tangencial en diversas sentencias en materia de divorcio. En alguna, el tribunal activa la cláusula de orden público para aplicar el Derecho español en lugar del Derecho extranjero al que remitía el antiguo artículo 107 del Código civil, con el argumento de que el Derecho extranjero contempla instituciones en su legislación matrimonial que hieren los principios fundamentales del Derecho español, como es la poligamia, aunque no se trate del divorcio de un polígamo⁴⁴; en otras, la mujer se opone al divorcio solicitado por su marido alegando que este ha contraído dos matrimonios en Marruecos posteriores al suyo⁴⁵.

También se suscita la cuestión de poligamia en un curioso Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz número 138/2008 de 3 de noviembre. Se trata de dos marroquíes que se casan en Marruecos según la ley Coránica el 19 de mayo de 2005, estando el varón ligado por un vínculo matrimonial con su anterior esposa, de quien estaba separado pero no divorciado, hecho este último que se produjo el 17 de febrero de 2006 por el Juzgado número 2 de Ceuta. El segundo matrimonio no puede, evidentemente, tener acceso al RC español por cuanto en el momento de su celebración constaba un matrimonio anterior. Dado que el marido ya tiene nacionalidad española, pretenden «legalizar su situación personal» solicitando primero que declare nulo su matrimonio y volver a celebrar otro, aquí en España que pueda ser inscrito. La juez de instancia se opone alegando fraude de ley, pero la Audiencia de Cádiz admite la demanda de nulidad con unas interesantes consideraciones⁴⁶.

V. EFECTOS LA POLIGAMIA EN EL DERECHO SOCIAL ESPAÑOL

La jurisprudencia española social ha reconocido efectos atenuados del orden público internacional en casos de poligamia, en relación, en particular, al reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad a «las esposas supervivientes» de un trabajador extranjero residente en España y con las que contraído válidamente matrimonio de acuerdo con su ley nacional. Si en el ámbito civil la doctrina del orden público atenuado es todavía inédita en España, en el orden social tiene ya un largo recorrido.

En caso de que el trabajador sea nacional de Marruecos o de Túnez, los convenios bilaterales de España con estos países prevén específicamente esta situación⁴⁷. Esta regulación convencional, junto con la normativa española de las antiguas colonias de Ifni y Sáhara que reconocía efectos a los matrimonios poligámicos, son las únicas referencias que han existido en Derecho español a esta figura.

Sin embargo, la jurisprudencia española no ha sido unánime en la respuesta a estos casos, manteniendo básicamente tres posiciones a las que alude la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2017.

1. PENSIÓN COMPLETA A LA PRIMERA VIUDA

Si el trabajador no es nacional de Marruecos o Túnez, en diversas sentencias se reconoce la pensión únicamente a la primera esposa del varón polígamo al considerar que el segundo matrimonio es nulo por ser contrario al orden público, y en consecuencia no produce ningún efecto jurídico. Esta reacción

ya se advierte en sentencias de principios de siglo (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003), pero sigue reiterándose en otras más recientes, como las sentencias de los TSJ de Cataluña número 2508/2016 de 25 de abril o de Madrid, número 115/2017 de 2 de marzo.

Especialmente preocupante es el Auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 por el que se deniega la pensión de viudedad a una mujer gambiana casada con un súbdito de este país, que no pudieron inscribir el matrimonio en el RC al ser «potencialmente poligámico» y ahora se le deniega a ella la pensión de viudedad alegando orden público, y que no se encuentran en las excepciones de los Convenios con Marruecos y Túnez⁴⁸.

2. REPARTO PROPORCIONAL DE LA PENSIÓN ENTRE TODAS LAS VIUDAS

La segunda posición aboga por dividir la pensión de viudedad entre las diferentes esposas en proporción al tiempo que permanecieron casadas con el varón. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 en la que el esposo de las demandantes, de nacionalidad senegalesa, trabajaba como autónomo con permiso de trabajo y falleció en accidente de tráfico. El fallecido había contraído matrimonio conforme a la legislación de su país con las demandantes también senegalesas, en 1981, con Amina S., y en 1974, con Ana D., teniendo 3 hijos con la primera esposa y uno con la segunda. Solicitadas pensiones de viudedad y orfandad, fueron denegadas por el INSS por no estar el causante incluido en el campo de aplicación del sistema, pero se les reconoce a ambas de forma proporcional al tiempo de convivencia⁴⁹.

Es también el caso de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 456/2002 de 29 de julio, número 738/2003, de 26 de diciembre y número 342/2005, de 31 de mayo. Es especialmente significativo el voto particular que emiten dos magistrados en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, número 94/2017 de 23 de febrero aludiendo a los efectos nucleares y periféricos del orden público, y señalando la posible atenuación de estos últimos.

Una reciente y destacable Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de noviembre de 2019 reconoce la pensión «proporcional» de viudedad a la segunda esposa de un español que, casado en primeras nupcias en España con española, y sin haberse divorciado de ella, contrae matrimonio coránico en Marruecos con mujer marroquí, a pesar de la indudable conexión con España que podría cuestionar la atenuación del orden público⁵⁰.

3. REPARTO DE LA PENSIÓN ENTRE TODAS LAS VIUDAS A PARTES IGUALES

Finalmente, en algunos casos se decide el reparto de la pensión de viudedad a partes iguales entre todas las esposas del varón bigamo (VARGAS, 2003).

Es el caso de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 13 de julio de 1998⁵¹, Madrid de 29 de julio de 2002, y de 6 de junio de 2019 y Andalucía de 30 de enero de 2003 y de 24 de mayo de 2018, y de varias recientes sentencias referidas a las «viudas del Sáhara»⁵², que contrajeron matrimonio con marroquíes miembros del ejército español destacado en El Sáhara (VALVERDE & CARRASCOSA, 2018; JUÁREZ, 2019, 2). Además, esta teoría, se está aplicando también a trabajadores en el régimen de clases pasivas, como se advierte en las resoluciones del Tribunal Supremo de 8 enero 2018, de 24 de enero de 2018, 17 de diciembre de 2019.

Con independencia de que la existencia de estas tres posibles soluciones en relación al reconocimiento de los derechos en materia de pensiones no sea compatible con una mínima seguridad jurídica ni con la igualdad (CERVILLA 2019:266), es todavía más preocupante que, en este ámbito social, también se haya extendido la doctrina de la poligamia potencial, como se advierte en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 5675/2017 de 27 de septiembre citada al comienzo y persista la diferencia de tratamiento en función de que se trate de nacionales de países con convenio (Marruecos y Túnez), o no. (NIETO 2015:311).

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, he analizado el tratamiento que los tribunales y órganos administrativos españoles otorgan a la poligamia, institución prevista en algunos ordenamientos jurídicos musulmanes y contraria radicalmente a importantes derechos fundamentales recogidos tanto en la normativa internacional como constitucional española. El análisis de esta jurisprudencia y doctrina registral arroja algunas conclusiones.

1. POLIGAMIA REAL Y POLIGAMIA POTENCIAL

Debe advertirse, en primer lugar, una confusión sobre el concepto mismo de poligamia por dos circunstancias.

La primera tiene que ver con el reconocimiento internacional de decisiones, incluido el reconocimiento registral. En diversas resoluciones, se califican como polígamos a varones que han obtenido el divorcio de su primer matrimonio, han vuelto a casar en segundas nupcias, pero no se ha

producido un reconocimiento del divorcio bien en el país del que son nacionales, o bien en España. Estos casos no pueden calificarse como supuestos de poligamia, sino de falta de reconocimiento internacional de decisiones, en concreto de divorcios. Además, los casos que han llegado a nuestros tribunales no solo se refieren solamente a varones islámicos, sino también cubanos, ecuatorianos o de otros países en los que la poligamia no está permitida.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de mayo de 2017 trata de un varón de origen iraní y con nacionalidad holandesa que se casa con una mujer en Alemania, país en el que se divorcia. Posteriormente se casa con otra mujer en Irán, de nacionalidad iraní, y solicita la reagrupación familiar a España, reagrupación que le deniegan por poligamia. La razón es que su divorcio alemán no se había reconocido ni inscrito en Irán por lo que en la documentación iraní aparecía como casado con dos mujeres situación admitida en el Derecho iraní.

La segunda circunstancia está relacionada con la doctrina de la poligamia potencial, de origen anglosajón, superada en los países de nuestro entorno como he explicado, pero que, lamentablemente, ha enraizado con fuerza en los últimos años en España, tanto en las sentencias y resoluciones en materia de nacionalidad, como de Derecho civil, registral o en materia de pensiones. En nuestro país se ha aplicado a nacionales de países que, como Senegal y Gambia, como he expuesto al principio, prevén en sus sistemas jurídicos que el matrimonio se contrae de forma polígama, salvo que el interesado expresamente renuncie a dicha forma en el momento de la celebración. En muchos de los casos analizados, el matrimonio no es realmente, sino *virtualmente* poligámico; en algunos de ellos el interesado manifiesta que no conoce al casarse esta particularidad jurídica y esta circunstancia le provoca serias consecuencias en el corto o en el largo plazo. En estos casos, debería poder aceptarse tanto una modificación del tipo de matrimonio (de polígamo a monógamo) acreditado por certificación del país de origen, como una renuncia posterior a la poligamia en España y ante la autoridad española encargada del RC para que el matrimonio pudiera desplegar sus efectos. Quizá, por analogía, podría darse en estos casos un tratamiento similar al del reconocimiento de las adopciones internacionales. Como se ha expuesto (ADROHER y BERÁSTEGUI, 2000), la posibilidad de revocar una adopción se consideraba en España contrario al orden público, y en consecuencia no se reconocían en nuestro país adopciones internacionales constituidas en países, como China, en los que la adopción es revocable. Sin embargo, a partir de 1997 primero por doctrina administrativa⁵³ y desde 1999 por norma legal⁵⁴ se pudieron reconocer dichas adopciones previa renuncia ante el Registro civil español a ejercer dicha revocación; ¿no podría aplicarse esta misma técnica de «adaptación intercultural» a las poligamias potenciales? Tal conclusión podría derivarse,

sensu contrario, de las Sentencias de la AN de 4 de febrero de 2019 y de 11 de septiembre de 2020.

2. UNA MISMA REALIDAD: ¿DIVERSOS EFECTOS?

En segundo lugar, el tratamiento de esta institución no es homogéneo en los diversos órdenes y materias, e incluso contradictorio, como he señalado, en alguna de ellas. Por ejemplo, se deniega la inscripción de un matrimonio poligámico en nuestro Registro Civil y sin embargo puede admitirse con ciertas condiciones, la reagrupación familiar de la segunda esposa; se reconoce la pensión de viudedad a todas las mujeres a partes iguales o en función de los años de convivencia; se celebra en España y ante autoridad española un segundo matrimonio de un marroquí, casado en primeras nupcias en Marruecos (dado que al no estar inscrito el primer matrimonio en el RC, no hay constancia del mismo) y posteriormente se le condena por ser bígamo en España. Como se señaló hace ya 8 años en relación a la poligamia, «La jurisdicción civil la ignora, negándole toda validez y efecto jurídico; la penal la condena, manteniendo su tipificación si bien con menos virulencia; la contenciosa la rechaza, vinculando la condición de polígamo con la denegación de la nacionalidad española; y la social la tolera de forma intermitente, concediendo ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite, una postura que resulta contradictoria —aunque bienintencionada— y que además no es unánime en el orden laboral» (JUAREZ, 2012, 41).

Desde luego no parece que este desigual tratamiento otorgue una mínima seguridad jurídica. Considero que, al menos en el orden social, podría incluirse una norma en la Ley General de la Seguridad social y en la de Clases Pasivas que estableciera un mismo tratamiento para todos estos casos. Las sentencias citadas del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de mayo de 2018 y 6 de noviembre de 2019 podría ser el modelo a seguir.

3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Finalmente, deben tenerse muy presentes los derechos que están en juego, en estos casos, y en particular los derechos adquiridos de las esposas.

En primer lugar, como se ha señalado, el reconocimiento y el ejercicio del derecho a contraer matrimonio en contextos de emigración, puede tener dos grandes obstáculos: las concepciones ideológicas sobre el matrimonio de los Estados de origen o de destino de los emigrantes y la incidencia o interferencia de las normas de extranjería y nacionalidad sobre dicho de-

recho. En el caso de la poligamia, estos obstáculos son claros y se ponen especialmente de relieve en la teoría de la poligamia potencial, que tiene un claro componente de incomprensión cultural, y una motivación de control de fronteras demasiado evidente (ADROHER, 1996; LEMA, 2003).

En segundo lugar, la migración en el Mediterráneo reclama un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica de las relaciones familiares. Y difícilmente se garantiza con el tratamiento que se advierte en muchos de los supuestos analizados. (RODRÍGUEZ BENOT, 2010 y 2016).

Finalmente, no podemos olvidar en estos casos otros derechos en juego, singularmente el derecho a la protección jurídica, social y económica a la familia, que se traduce en un reconocimiento de los derechos de los miembros más vulnerables en estas situaciones, la mujer y sus hijos, reconocimiento exigido, a pesar de que este modelo de familia sea incompatible con la cultura española y europea, tanto en los casos de poligamias reales, como, por descontado, en las potenciales. Como se ha señalado, el pluralismo y la creciente diversidad normativa del matrimonio en los derechos europeos, deben tener su correlato en un orden público internacional que, conservando su acción defensiva, se conforme, cada vez más, como un orden público de protección de los derechos de las personas (NIBOYET & DE LA PRADELLE, 2009, 202).

Este concepto de orden público atenuado en los efectos periféricos de la poligamia, supone conjugar la protección de los principios básicos de nuestro ordenamiento con la «adopción de soluciones justas y tuitivas para quienes se han venido considerando las víctimas de la poligamia: las sucesivas esposas» (JUAREZ, 2019, 806).

Y si este planteamiento no resulta suficiente para aceptar los efectos periféricos del orden público en casos de poligamia, estos podrían justificarse, como han afirmado algunos autores franceses, desde la sostenibilidad del estado del bienestar: si a estas mujeres no les reconocemos sus derechos a la prestación de alimentos, a la sucesión o a la parte proporcional de la pensión de viudedad, serán beneficiarias de prestaciones no contributivas o ayudas sociales. Quizá lo son en muchos casos, pero no parece razonable negarles derechos económicos derivados de su situación familiar.

VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 19 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 2876).
- Auto de 28 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 96372).
- Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5610).

- Sentencia de 8 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 16958).
- Sentencia de 24 de enero de 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]
- Sentencia de 17 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4150).

AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de 27 de enero de 2005 (RJCA 2005, 840).
- Sentencia de 4 de junio de 2009 (RJCA 2009, 567).
- Sentencia de 11 de noviembre de 2016 (ECLI: ES: AN: 2016:4670).
- Sentencia de 8 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 48668).
- Sentencia de 21 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 87626).
- Sentencia de 14 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 193547).
- Sentencia de 17 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 206651).
- Sentencia de 11 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 237715).
- Sentencia de 7 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 59994).
- Sentencia de 13 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 60458).
- Sentencia de 4 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 76752).
- Sentencia de 26 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 127243).
- Sentencia de 14 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 205189).
- Sentencia de 11 de septiembre de 2020 (*JUR* 2020, 298153).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía

- Sentencia de 30 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 96144).
- Sentencia de 24 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 211346).
- Sentencia de 6 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 66614).

Cataluña

- Sentencia de 30 de julio de 2003 (*AS* 2003, 3049).
- Sentencia de 25 de abril de 2016 (*AS* 2016, 879).
- Sentencia de 27 de septiembre de 2017. (*JUR* 2018, 3683).

Galicia

- Sentencia de 13 de julio de 1998 (*AS* 2001, 149).
- Sentencia de 2 de abril de 2002 (*AS* 2002, 899).

Madrid

- Sentencia de 29 de julio de 2002 (*AS* 2002, 3324).
- Sentencia de 26 de diciembre de 2003 (*AS* 2004, 995).
- Sentencia de 31 de mayo de 2005 (*AS* 2005, 1525).
- Sentencia de 21 de julio de 2010, (RJCA 2011, 736).
- Sentencia de 9 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 132).
- Sentencia de 2 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 120018).
- Sentencia de 23 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 10178).
- Sentencia de 25 de mayo de 2017 (ECLI: ES: TSJM:2017:7571).
- Sentencia de 6 de junio de 2019 (*JUR* 2019, 311235).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia AP Málaga de 11 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 209109).
- Sentencia AP de Barcelona de 7 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 31463).
- Auto AP de Cádiz de 3 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 63310).
- Sentencia AP de Asturias de 23 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 274412).
- Sentencia AP Guipuzcoa de 30 de abril de 2010 (*JUR* 2014, 173020).
- Sentencia AP de Madrid de 23 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 55037).
- Sentencia AP de Alicante de 21 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 132170).
- Sentencia AP de Barcelona de 17 de marzo de 2016 (*JUR* 2018, 4027).
- Sentencia AP de Álava de 26 de octubre de 2016 (*AC* 2016, 1842).
- Sentencia AP de Huesca de 31 de julio de 2017 (SAP HU 244/2017 - ECLI: ES: APHU: 2017: 244).

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 10 de julio de 1989 *Boletín informativo del Ministerio de Justicia-BIMJ* núm. 1540, 139 y sigs.
- Resolución de 11 de mayo de 1994 (*BIMJ* núm. 1713, 225).
- Resolución de 14 de septiembre de 1994 (*BIMJ* núm. 1726, 109).
- Resolución de 8 de marzo de 1995 (*BIMJ* núm. 1741 143).
- Resolución de 29 de mayo de 1997 (*Anuario DGRN* 1997, 1776 y sigs.).
- Resolución de 6 de mayo de 2010 (*JUR* 2011, 306888).
- Resolución de 25 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 314429).
- Resolución de 21 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 215931).
- Resolución de 21 de abril de 2014 (*JUR* 2015, 79346).

- Resolución de 23 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 261421).
- Resolución de 28 de agosto de 2015 (*JUR* 2016 43483).
- Resolución de 4 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 215666).
- Resolución de 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 217837).
- Resolución núm. 6/2016 de 12 de febrero de 2016 (*JUR* 2017, 133836).
- Resolución núm. 7/2016 de 19 de febrero de 2016 (*JUR* 2017, 133955).
- Resolución de 18 de marzo de 2016 (*JUR* 2017, 139350).
- Resolución núm. 7/2016 de 1 de abril de 2016. (*JUR* 2017, 280727).
- Resolución núm. 11/2016 de 1 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 280822).
- Resolución núm. 2/2016 de 1 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 280862).
- Resolución núm. 16/2016 de 8 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 280871).
- Resolución núm. 22/2016 de 15 de abril de 2016 (*JUR* 2017, 280920).
- Resolución núm. 55/2016 de 6 de mayo (*JUR* 2017, 313409).
- Resolución núm. 16/2016 de 6 de mayo (*JUR* 2017, 313585).
- Resolución núm. 17/2016 de 6 de mayo de 2016 (*JUR* 2017, 313375).
- Resolución núm. 15/2016 de 13 de mayo de 2016 (*JUR* 2017, 313349).
- Resolución núm. 18/2016 de 20 de junio de 2016 (*JUR* 2018, 73893).
- Resolución núm. 19/2016 de 20 de junio (*JUR* 2018, 74085).
- Resolución núm. 11/2016 de 29 de julio de 2016 (*JUR* 2018, 77533).
- Resolución núm. 12/2016 de 29 de julio de 2016 (*JUR* 2018, 77603).
- Resolución núm. 167/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85086).
- Resolución núm. 126/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85112).
- Resolución núm. 67/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85072).
- Resolución núm. 135/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85148).
- Resolución núm. 136/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85149).
- Resolución núm. 171/2016 de 29 de agosto de 2016 (*JUR* 2018, 85151).
- Resolución núm. 4/2016 de 7 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102332).
- Resolución núm. 2/2016 de 7 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102377).
- Resolución núm. 16/2016 de 7 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102453).
- Resolución núm. 3/2016 de 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102388).
- Resolución núm. 27/2016 de 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102427).
- Resolución núm. 11/2016 de 14 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102460).
- Resolución núm. 5/2016 de 21 de octubre de 2016 (*JUR* 2018, 102366).
- Resolución núm. 23/2016 de 11 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197222).
- Resolución núm. 16/2016 de 11 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197279).
- Resolución núm. 2 de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197229).
- Resolución núm. 7 de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197255).
- Resolución núm. 6 de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197306).
- Resolución de 25 de noviembre de 2016 (*JUR* 2018, 197316).
- Resolución de 13 de diciembre de 2016 (*JUR* 2018, 158018).
- Resolución de 24 de febrero de 2017 (*JUR* 2018, 283323)
- Resolución de 10 de marzo de 2017 (*JUR* 2018, 327394)

- Resolución de 17 de marzo de 2017 (*JUR* 2018, 327339).
- Resolución núm. 4/2017 de 7 de abril (*JUR* 2019, 8176).
- Resolución de 2 de junio de 2017 (*JUR* 2019, 86761).
- Resolución de 19 de mayo de 2017 (*JUR* 2019, 18702).
- Resolución de 28 de julio de 2017 (*JUR* 2019, 91450).
- Resolución de 1 de diciembre de 2017 (*JUR* 2019, 123462).
- Resolución de 23 de febrero de 2018 (*JUR* 2019, 136479).
- Resolución de 16 de octubre de 2018 (*JUR* 2019, 344070).
- Resolución 16 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 344238).
- Resolución de 17 de enero de 2019 (*JUR* 2020, 106748).
- Resolución de 22 de enero de 2019 (*JUR* 2020, 106745).
- Resolución de 8 de marzo de 2019 (*JUR* 2020, 129164).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2000). Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. Dr. D. José María Díaz Moreno* (Coord. Guzmán Pérez, C; Castán Vázquez, J.M.; Pérez Agua, T.M; Sánchez, J.M.). 879-899. Madrid: Comillas.
- (1996). El derecho a contraer matrimonio en la emigración. *Migraciones* 0. 107-131.
- ADROHER BIOSCA, S. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO (2000). La adopción internacional. Una nueva migración. *Migraciones* 8. 251-284.
- ASÍN CABRERA, M.A. (2015). La práctica judicial española ante la diversidad cultural de las relaciones familiares. *Anuario de la Inmigración en España* 2014. 302-326.
- ÁNCEL, B. LEQUETTE, Y. (1987). *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. París: Dalloz.
- BEN SEDRINE, L. (2018). Reflexion sur la polygamie marocaine face au droit international privé. *International journal of advanced reseach* 6 (5). 1076-1085.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord) (2015). *Manual de Derecho civil. Derecho de familia*. Madrid: BERCAL.
- CALVO CARAVACA, A.L. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016). *Derecho internacional privado*. Granada: Comares.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987). *Derecho civil español común y foral*. Tomo 5. Derecho de familia. Vol. I. Relaciones conyugales. Madrid: REUS
- CASTELL, J.G. & WALKER, J. (2005). *Canadian conflict of laws*. Montreal: Butterwords.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2018). Denegación de nacionalidad por poligamia: un análisis jurisprudencial. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10, (1). 94-126. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4118>.
- CEVILLA GARZÓN, M.J. (2019). Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social. Cua-

- dernos de Derecho transnacional 11(1) 235-266. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4619>.
- COMBALÍA, Z. (2001). Estatuto de la mujer en el Derecho islámico. *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* 6. 14-20.
- DIAGO DIAGO, P. (2015). El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar. *Revista electrónica de estudios internacionales* 30, 1-29. DOI: 10.17103/rei.30.02.
- FERNÁNDEZ GUERRERO, O. (2011). Las mujeres en el Islam. Una aproximación. *BROCAR, Cuadernos de investigación histórica* 35. 267-286.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. (2018). Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado. *Revista electrónica de estudios internacionales* 35. 1-40. DOI: 10.17103/rei.35.06
- JORDÁN VILLACAMPA, M.D. (2000). Reflexiones en torno al matrimonio polígamo y al matrimonio monógamo en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. Dr. D. José María Díaz Moreno* (Coord. Guzmán Pérez, C; Castán Vázquez, J.M.; Pérez Agua, T.M; Sanchez, J.M.). 137-150. Madrid: Comillas.
- JUÁREZ PÉREZ, P. (2019). La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11 (1). 801-6.
- (2019.2). Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2018). *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11 (1). 807-813.
- (2012). Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso? *Revista electrónica de estudios internacionales* 23. 1-45.
- LABACA ZABALA, M.L. (2005). La protección de la monogamia como elemento esencial del matrimonio: precedentes históricos. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10839-la-proteccion-de-la-monogamia-como-elemento-esencial-del-matrimonio:-precedentes-historicos/>
- LAGARDE, P. (1993). La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation en *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*. Bruxelles.
- LARRONDO LIZARRAGA, J.M. (2009). Derecho de familia y sucesiones de Marruecos «la mudawana». *Cuadernos de Derecho comparado*, Fundación Registral, Madrid.
- LEMA TOMÉ, M. (2003). Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. *Migraciones internacionales*, 2. 149-170.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2016). Los retos del sistema matrimonial español: la poligamia un asunto sin resolver. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 42 (2016), 1-40.
- NAVARRO VALLS, R. (2018). Poligamia y orden público. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1173900
- NIBOYET, M.L. & DE LA PRADELLE, G.G. (2009) *Droit international privé*. 2.º Ed. LGDJ: París.
- NIETO CRUZ, A. (2020). Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público. *Cuadernos de Derecho transnacional* 12(1) 286-318. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>.

- NORTH, P.M. (1990). Reform but not revolution. General Course on private international law. *Academie de Droit International de La Haye. Recueil des Cours*. 1990. I. T. 220. Martins Nyhoff Publishers. (9-288).
- OLMOS ORTEGA, M.L. (2019). Libertad religiosa y matrimonio. *Estudios eclesiásticos*. 94 (371). 883-923, DOI: 10.14422/ee.v94.i371.y 2019.007.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (1996). La Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995. Private International (Miscellaneous provisions) Act 1995. *Revista española de Derecho internacional XLVIII* (2). 340-352.
- DI PIETRO, F. (2015). La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia. *Cuadernos de derecho transnacional*. 7 (1). 56-70.
- QUIÑONES, A. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010. *Revista española de Derecho internacional LXII* (1). 245-8.
- RACHED, H.A. (2020). Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12 (2), 841-858. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5636841>
- RODRÍGUEZ BENOT, A. (2010). La Unión Europea y el mediterráneo: ¿hacia un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares? *Revista electrónica de estudios internacionales* 19. 1-5.
- (2016). Le statut personnel des marocains à légard de l'ordre juridique espagnol: observations générales et propositions de lege ferenda. *Paix et sécurité internationales* 4. 117-136.
- RUDE-ANTOINE. E. (1997). La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée. *Journal des anthropologues* 71.1-12. DOI: 10.4000/jda.2523
- RUIZ-ALMODÓVAR, C. (1996). El Código Sirio de Estatuto Personal. *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos, Sección árabe-islam* 45, 233-280.
- SÁEZ CASTÁN, J.M. (2010). La mujer en el Islam. 1-18. https://rua.ua.es/ldspace/bitstream/10045/15812/1/mujer_musulmana2.pdf
- VALVERDE MARTINEZ. 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* 10 (2) 718-731.
- VAQUERO LÓPEZ, C. (2018). Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10 (1) 439-465.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2003). Matrimonio poligámico, orden público y extranjería. *Revista Actualidad Laboral* 33. 581-601.
- ZAMORA CABOT, J. (1982). El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España. *Revista de Derecho privado* 111-140.
- ZGHAL, R. (2007). Las experiencias sociales y la participación de las mujeres tunecinas: un proceso permanente. *Seminario internacional. La participación de la mujer en los países de tradición islámica*. 25-35. <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Conclusiones20SeminarioInternacional.pdf>

NOTAS

¹ In 2009, polygamy was still prevalent in numerous countries. At the national level, polygamy was legal or generally accepted in 33 countries, 25 in Africa and 7 in Asia. In addition, polygamy was accepted by part of the population or legal for some group of people in 41, 18 in Africa and 21 in Asia. According to the Demographic and Health Surveys carried out between 2000 and 2010, in 26 out of the 35 countries with data on polygamy, between 10 per cent and 53 per cent of women aged 15-49 had cowives (https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2011-1.pdf).

² Afganistán, Argelia, Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, Benin, Birmania, Brunei, Burkina Faso, Camboya, Camerún, República Centroafricana, Comores, Congo, Djibouti, Egipto, Emiratos Árabes Gabón, Gambia, Guinea Ecuatorial, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kenya, Kuwait, Lesotho, Laos, Líbano, Liberia, Libia, Mali, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Oman, Uganda, Pakistán, Qatar, Senegal, Somalia, Sudán, Sri Lanka, Swazilandia, Siria, Tanzania, Chad, Togo. (Ficha sobre matrimonio polígamo: CICADE - 2016/ www.cicade.org).

³ Artículo 18,1 del Código de Estatuto Personal que señala «la poligamia está prohibida».

⁴ Artículo 11 bis del Código egipcio, artículo 13 del Código de Libia, artículo 8 de la Ley de Familia de Argelia y artículo 37 del Código sirio de estatuto personal. En relación a este último país del que provienen numerosos refugiados puede verse RUIZ-ALMODÓVAR 1996. Dahir núm. 1-04-22 DU 12 hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la Loi 70-03 portant code de la famille (Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426, 6 octobre 2005).

⁵ <https://www.2m.ma/fr/news/20170321-la-polygamie-de-plus-en-plus-populaire-aumaroc/>

⁶ <https://www.lavanguardia.com/vida/20150415/54430644861/poligamia-en-el-consejo-de-ministros.html>

⁷ https://elpais.com/diario/2000/04/25/agenda/956613606_850215.html

⁸ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

⁹ Sentencia Chemouni del Tribunal de Casación de 19 de febrero de 1963 (ANCEL, B. LEQUETTE, 1987: 224); Sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 14 de junio de 1995 (Revue critique de Droit international privé —en adelante *RCDIPr*— 1997 41 y sigs.) y Sentencia de la Cour de cassation de 9 de noviembre de 1993 (*RCDIPr* 1994, 645 y sigs.), entre otras.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Versalles de 31 de marzo de 1965, *Clumet* 1966, 97.

¹¹ Sentencias de 17 de febrero de 1982 (*RCDIPr* 1983, 275) y de 6 de julio de 1988 (*RCDIPr* 1989, 71).

¹² <https://www.boycefamilylaw.com.au/potentially-polygamous-marriages-allowed-in-australia/>

¹³ Ireland: Supreme Court, H.A.H. v. S.A.A. and Others, 12 December 2017: <https://www.refworld.org/docid/5a2fb7814.html>.

¹⁴ «No pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial».

¹⁵ «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».

¹⁶ Se trata de marroquí con nacionalidad española que contrajo matrimonio en Marruecos por el rito coránico el 19 de agosto de 1992 con una súbdita marroquí, inscrito en el Registro Civil de dicho país, pero no en el español. Posteriormente inició el trámite de un expediente matrimonial en España, para contraer matrimonio con otra mujer, matrimonio que fue celebrado porque en ningún momento mencionó la existencia del matrimonio celebrado en Marruecos, alegando que era soltero, el 26 de junio de 2002 y se divorció de su primera mujer en Marruecos.

¹⁷ Resoluciones de la DGRN de 11 de mayo de 1994 y de 8 de marzo de 1995.

¹⁸ El artículo 3 establece que *«las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por este y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo»*.

¹⁹ Sentencia TSJ Madrid núm. 686/2017 de 9 de octubre en la que se resolvía sobre la reagrupación familiar del hijo de la segunda esposa de un ciudadano originario de Mali que ya ostenta la nacionalidad española. Sin embargo, en alguna sentencia se ha negado este derecho a los hijos como en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 707/2010 de 21 julio de 2010, que ratifica la negativa a la concesión de visado a tres hijos del primer matrimonio de un ciudadano natural de Gambia, nacionalizado español y vuelto a casar, debido a los efectos perjudiciales que para estos hijos podría suponer vivir con la otra familia de su padre.

²⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

²¹ Esta doctrina se ha aplicado incluso en casos en que el interesado ha renunciado posteriormente a la poligamia, y así se hace constar en el certificado de su matrimonio, en casos en que dicho certificado se aporta en el recurso, como es el caso de la Sentencia de la AN de 4 de febrero de 2019 (RACHED 2020).

²² **IMPORTANTE:** se advierte que solo se admitirán los documentos en los que figure la opción de MONOGAMIA. NO SE ADMITEN los matrimonios con la opción de poligamia. <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/DAKAR/es/ServiciosConsulares/Servicios%20Consulares%20en%20Dakar/Visados/Paginas/Visados-de-reagrupaci3n-familiar.aspx>

²³ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011.

²⁴ Sentencia AN núm. 140/2017 de 21 de febrero.

²⁵ Sentencia AN de 27 de enero de 2005: *Se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española por «estar casado con dos mujeres»*.

²⁶ Es el caso de las Sentencias AN de 14 de junio de 2017 y de 13 de febrero de 2018.

²⁷ Sentencia AN de 4 de junio de 2009.

²⁸ Sentencia AN de 11 de septiembre de 2017, que señala: *de la documentación que conforma el expediente se constata que el interesado ha tenido dos hijos con Inés y otros dos hijos con Palmira*. Un comentario a la misma es el de CASTELLANOS (2018). En sentido similar, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1982/2017 de 14 de diciembre, y la Resolución DGRN núm. 14/2018 de 16 de octubre.

²⁹ Sentencia AN núm. 146/2017 de 8 de febrero.

³⁰ Sentencias de la AN de 11 de noviembre de 2016, de 7 de febrero de 2018, de 4 de febrero de 2019, y de 26 de marzo de 2019.

³¹ Sentencia de la AN de 14 de junio de 2019.

³² Artículo 7 del acuerdo (BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992).

³³ Así la Resolución DGRN núm. 16/2016 de 8 de abril en relación al segundo matrimonio de un español contraído en Marruecos.

³⁴ Una de las primeras fue la Resolución DGRN de 14 de septiembre de 1994. A partir de ella, este párrafo se incluye en múltiples resoluciones posteriores.

³⁵ Resoluciones de la DGRN de 6 mayo 2010, 29 de enero de 2016, núm. 7/2016 de 18 marzo de 2016, núm. 7/2016 de 1 abril de 2016, 16/16 y 17/2016 ambas de 6 de mayo de 2016, 13 de mayo de 2016, núms. 12/2016, 11/2016, ambas de 29 julio de 2016, núms. 167/2016, 135/2016, 136/2016 y 171/2016 todas ellas de 29 de agosto de 2016, de 7 de octubre de 2016, de 14 de octubre de 2016, de 21 de octubre de 2016, núms. 6 y 7 de 18 de noviembre de 2016, de 25 de noviembre de 2016, de 17 de marzo de 2017, de 2 de junio de 2017.

³⁶ Resoluciones de la DGRN núm. 49/2015 de 4 diciembre 2015, 12 de febrero de 2016, 19 de febrero de 2016, núm. 7/2016 de 18 de marzo de 2016, núm. 11/2016 de 1 de abril de 2016, núms. 67/2016 y 126/2016 de 29 de agosto de 2016, núm. 4/2016 de 7 de octubre de 2016, núm. 3/2016 de 14 de octubre de 2016, núm. 23/2016 de 11 de noviembre de 2016, núm. 16/2016 de 11 de noviembre, núm. 2/2016 de 18 de noviembre de 2016, núm. 1/2016 de 13 de diciembre, núm. 10/2016 de 29 de enero de 2016, 24 de febrero de 2017, 17 de marzo de 2017 y del 8 de marzo de 2019.

³⁷ Resoluciones de la DGRN núm. 97/2014 de 21 de febrero de 2014, de 1 de abril de 2016, 15 de abril de 2016, de 7 de octubre de 2016, de 7 de abril de 2017.

³⁸ Resoluciones de la DGRN núms. 18/2016 y 19/2016 ambas de 20 de junio de 2016, núm. 27/2016 de 14 de octubre de 2016, núm. 20/2017 de 1 de diciembre, núm. 2/2018 de 16 de noviembre.

³⁹ Resoluciones de la DGRN núm. 55/2016 de 6 de mayo de 2016, y núm. 8/2017 de 27 de octubre.

⁴⁰ Resolución de la DGRN núm. 202/2015 de 28 de agosto de 2015: *En el caso actual se aporta un certificado literal de acta de matrimonio, donde se observa que en el apartado de datos relativos al esposo aparece un párrafo cuyo tenor literal es «Número de esposas casadas con él en la actualidad: ninguna». Es evidente que tal párrafo hace mención a la posibilidad de existencia de mujeres casadas con el contrayente masculino lo cual es perfectamente posible en la regulación sunní del matrimonio islámico que constituye la ley personal del contrayente que pertenece a dicha rama del islam. Es indiferente que el contrayente este divorciado de los matrimonios anteriores de manera definitiva de acuerdo con la legislación islámica.*

⁴¹ *El denominado matrimonio consuetudinario admite, con plena eficacia civil, varios matrimonios celebrados por la misma persona sin disolución del vínculo previo (poligamia).*

⁴² *La inscripción es denegada por el Juez Encargado porque dicho matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país. En el caso actual se aporta un certificado literal de acta de matrimonio consuetudinario, donde se observa que «el matrimonio consuetudinario existe» y también que en dicho documento no aparece, hora, ni persona que autoriza el matrimonio.*

⁴³ *El denominado matrimonio consuetudinario de Guinea Ecuatorial admite, con plena eficacia civil, varios matrimonios celebrados por la misma persona sin disolución del vínculo previo (poligamia); permite la unión de niñas a partir de los doce años; y acepta la falta de consentimiento de una de las partes (la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote). Los celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario ecuatoguineano, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 73 del Código civil y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque resultara fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil español. En el mismo sentido Resolución de la DGRN núm. 54/2014 de 21 de abril de 2014.*

⁴⁴ Sentencia AP de Asturias núm. 172/2009 de 23 de marzo en la que el Derecho aplicable es el senegalés.

⁴⁵ Sentencia AP de Barcelona núm. 682/2007 de 7 de noviembre. En sentido similar, y respecto de la legislación de Mali, se expresa la Sentencia AP de Barcelona núm. 194/2016 de 17 de marzo y en relación a la normativa marroquí, la Sentencia AP de Madrid num.793/2010 de 23 de noviembre.

⁴⁶ *Al momento de la celebración del matrimonio coránico G. era español y estaba ligado por un vínculo matrimonial anterior, lo que puede llegar a satisfacer el supuesto típico de la norma penal a que se hace referencia y si no está prescrita dicha conducta pudiera ser objeto de sanción penal. La petición de nulidad en modo alguno enmascara una situación ilegal, clara y diáfana, ni altera esa supuesta responsabilidad, lo único que se trata con ella es de legalizar su situación personal contrayendo nuevo matrimonio con su esposa coránica.*

⁴⁷ En el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982), modificado por

el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001) se señala: «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación». A su vez, el artículo 24 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001), dispone que: «En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas en partes iguales».

⁴⁸ La actora, nacida en Gambia en 1980, contrajo matrimonio allí con el causante también nacido en Gambia, por el rito islámico, en 1997. En el momento del óbito el matrimonio no constaba inscrito en el Registro Civil Central español; la solicitud de inscripción fue denegada en 2015, por tratarse de un matrimonio poligámico, contrario a nuestra legislación. Al fallecido se le reconoció la nacionalidad española en 2011, inscribiéndose en el Registro Civil Central en fecha 9 de febrero de 2012. Los cónyuges tuvieron cuatro hijas en común, que perciben la prestación de orfandad. Se trata de determinar si es un elemento fundamental la inscripción del matrimonio en el Registro Civil y, como tal, determinante de la obtención de la pensión de viudedad. Y tras referir doctrina sobre la cuestión, considera, en esencia, que la celebración de los matrimonios no se realizó en España, sino en Gambia, y si bien en ese país es válida la poligamia, tal figura choca frontalmente con el dictado del artículo 12.3 de Código civil, que establece que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

⁴⁹ En relación a los efectos de la poligamia se señala lo siguiente: *El recurso formulado por las demandantes pretende, que se les reconozca a cada una de ellas, como esposas del causante, pensión de viudedad «in integrum», (...) No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica —art. 4.1 del Código civil— de las previsiones del artículo 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante.*

⁵⁰ Las afirmaciones son muy interesantes: *los efectos de la nulidad del matrimonio de D.^a con D. deben quedar atenuados por su matrimonio putativo, esto es, sin afectar a la situación jurídica de los hijos del matrimonio, ni a la contrayente de buena fe, en el particular, a la pensión de viudedad que ahora se analiza. (...). La multiculturalidad hace necesario dar respuestas a las nuevas situaciones que se presentan en la actualidad, armonizándose la interpretación de las normas de orden público con una adecuada cobertura a situaciones de verdadera desprotección. No se trata de dar validez al matrimonio polígamo en España, sino de que el matrimonio celebrado legalmente en el extranjero pueda producir determinados efectos en relación a situaciones de necesidad, como es el caso de la viudedad.*

⁵¹ *Se discute la posibilidad de concesión de viudedad dada la existencia de dos viudas, legales, según la legislación senegalesa, pero unidas en un matrimonio prohibido por la legislación española. (...) No exige la ley que el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación, lo que sucede en el supuesto de autos, en los que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio así contraído es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros. Por ello se reúne el requisito de permanencia de cónyuge legal, con derecho a la prestación solicitada.*

⁵² Sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2018 y de 17 de diciembre de 2019.

⁵³ La Resolución de la DGRN de 29 de mayo de 1997 fue la primera que permitió el reconocimiento en España de una adopción china: «El artículo 26 de la Ley china prevé también que, si las relaciones entre los padres adoptivos y su hijo adoptivo mayor de edad se deteriorasen hasta el punto de que la convivencia en la misma casa deviniere imposible,

podrán dar por concluida su relación adoptiva de común acuerdo, pero el caso es que esta previsión parece partir de una obligación de convivencia entre mayores de edad que no se compagina en modo alguno con la plena libertad e independencia en el cumplimiento de la mayoría de edad otorga a los hijos en España, por lo que el supuesto difícilmente podría darse estando la familia adoptiva domiciliada en nuestro país».

⁵⁴ Por Ley 18/1999, de 18 de mayo, se añadió un último párrafo al artículo 9.5 del Código civil en los siguientes términos: «*La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de esta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del RC.*»

*Trabajo recibido el 12-6-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

El contrato estimatorio y su proyectada codificación

The consignment agreement and its planned enactment in law

por

HENAR MURILLO VILLAR
Letrada Asesoría Jurídica
Allianz Partners

RESUMEN: El contrato estimatorio surgió en Roma, donde tuvo un gran arraigo y difusión en el tráfico mercantil; posteriormente, mediante el fenómeno de la recepción, ha llegado hasta el derecho moderno, si bien nunca ha sido contemplado en un cuerpo legal. Sin embargo, es utilizado de forma muy habitual en el comercio minorista, regulado, fundamentalmente, por la opinión doctrinal y jurisprudencial. Actualmente existe una propuesta de Anteproyecto de Ley de Código mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho mercantil, que si culmina con éxito su periplo legislativo, el contrato estimatorio quedará regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Y será un contrato tipificado en la categoría de «los contratos de colaboración», los cuales sirven de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias. De producirse este hecho tan trascendental, quedará demostrado, una vez más, que todas aquellas cuestiones jurídicas a las que el ordenamiento jurídico romano no alcanzó a dotar de una solución legal certera y definitiva, han llegado con las mismas dudas hasta nuestros días.

ABSTRACT: The consignment agreement emerged in Rome where its acceptance and use among travelling merchants was widespread; subsequently, through the process of reception of law, it has entered into modern law, although it has never been contemplated in a legal text. However, it is widely used in retail commerce, regulated, fundamentally, by doctrinal and jurisprudential opinion. At present, there is a preliminary draft law for the enactment of a Commercial Code, prepared by the General Legislation Commission, Second Section of Commercial Law, which, if successful in its legislative journey, will for the first time regulate the consignment agreement in the Spanish legal order. And the contract will be defined under the category of «contracts of collaboration», which serve as a channel for cooperation between entrepreneurs who develop complementary activities. If such a transcendental law were enacted, it would once again be demonstrated that all those legal questions to which the Roman legal order never managed to arrive at a certain and definitive legal solution, have with the same doubts been passed down to our day and age.

PALABRAS CLAVE: Contratos innominados. *Aestimatum*. Contrato estimatorio. Contratos de colaboración. Anteproyecto de Código mercantil.

KEY WORDS: *Innominate contracts. Aestimatum. Consignment agreement. Collaboration contracts. Draft Act on the Commercial Code.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTRATOS INNOMINADOS.—III. CONTRATO ESTIMATORIO: 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. 3. OBJETO. 4. CARACTERES: 1) *Bilateral y de buena fe*. 2) *Precio estimado en cantidad cierta*. 3) *Condición empresarial de las partes*. 4) *Duración del contrato*. 5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1) *Obligaciones del tradens*. 2) *Obligaciones del accipiens*. 6. ACTOS DE DISPOSICIÓN: 1) *Actos de disposición del tradens*. 2) *Actos de disposición del accipiens*. 7. ASUNCIÓN DEL RIESGO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el Mundo Antiguo no existió el derecho comercial o mercantil como especialidad dentro del sistema general del derecho privado; para ello hubo que esperar a la Baja Edad Media¹. Desde luego, en Roma nunca se distinguió el derecho mercantil del civil; sin embargo, hubo negocios específicos, que oportunamente fueron regulados y, en la práctica actual son muy

utilizados, pero que, curiosamente, no tienen una regulación legal *ad hoc*. Uno de ellos es el contrato estimatorio, que no cuenta con una regulación positiva dentro del Código de Comercio español, pero se rige por los usos y costumbres establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, y, si por fin, avanzado el siglo XXI, el Anteproyecto de Ley del Código mercantil (en adelante, ALCM), es aprobado, tendrá por primera vez su oportuna regulación. De hecho, en la exposición de motivos del ALCM, apartado VI-78, ya se dice, expresamente, que: «*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato estimatorio*». Sobre este contrato se ha escrito mucho, pero el objetivo de esta investigación reside en saber si, la regulación que la jurisprudencia romana, como grupo de juristas, dio al contrato estimatorio, se ha plasmado en la propuesta de regulación proyectada y, si se recoge tal cual, o si se hace con variaciones, porque no vaya a suceder que pretendamos dar una regulación jurídica a un tipo de relaciones contractuales inter partes, que hace más de dos mil años ya se conocía, y que muchos siglos después, y tras ver su utilidad, se decide regular por primera vez.

Para poder valorar, desde un punto de vista de derecho comparado, cómo se reguló en Roma y contrastar aquel régimen con el que se le pretende dar en el futuro, (en el ALCM), es preciso detenerse con cuidado en el ordenamiento jurídico romano y ver qué soluciones aportaron entonces sus juristas. Hoy en día, la noción de contrato es un concepto abstracto; se habla de categoría general de contrato que bajo el principio de libertad contractual encubre un acuerdo legal entre dos o más personas con capacidad jurídica, que buscan regular sus relaciones dirigidas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, cuando el contrato sea bilateral, o compelerse una parte a la otra, cuando el contrato sea unilateral. Sin embargo, contrariamente, en Roma no fue así. En derecho romano rigió el principio de tipicidad contractual, lo que significa que no se conoció una categoría general de contrato, sino un número determinado de ellos, lo que permite hablar de sistema contractual romano. Es decir, en Roma no todo acuerdo de voluntades fue considerado un contrato, sino únicamente aquellos acuerdos o convenios a los cuales el ordenamiento les atribuía objetivamente la facultad de engendrar obligaciones exigibles entre las partes. Por eso, el derecho romano ofrece una lista de contratos frente al derecho actual que ofrece un concepto general de contrato.

II. CONTRATOS INNOMINADOS

El sistema contractual romano sufrió una clara evolución a lo largo de su historia; paulatinamente, se fueron elevando simples acuerdos, meros

pactos, a la categoría de contratos, por ello, y prescindiendo de periodos anteriores, se observa que, en época justiniana, aun sabiendo que en todo contrato subyace la idea de *consensus*, de acuerdo de voluntades, se mantuvo una clasificación de los contratos que diferenciaba entre contratos formales (verbales y literales), contratos reales y contratos consensuales, dejando sin clasificar otros acuerdos de voluntades, otras prestaciones recíprocas, que ya se conocían desde época clásica, y en las que a cambio de una prestación hecha por una de las partes se pretendía obtener otra prestación de la parte contraria. Todo este conjunto de relaciones jurídicas es lo que se conoce como contratos innominados, contratos sin nombre, lo cual no significa que carecieran de él, sino que no conformaban una categoría singular para que fueran así reconocidos en el Edicto del Pretor. Se trata de un grupo de contratos atípicos, es decir, no tipificados, entre los que habitualmente se engloban: la permuta, el contrato estimatorio, la transacción, el precario, la *donatio* sub modo, la entrega de cosa a prueba o examen (*datio ad experientium inspiciendum vendendum*), algunas formas de constitución de dote, etc².

Todos los contratos innominados, cada uno con sus características propias, presentan hondas analogías con los contratos reales³, si bien estos se perfeccionan con la entrega de una cosa y los innominados con el cumplimiento de una prestación, que no siempre es la entrega de una cosa. Los contratos innominados se pueden agrupar en cuatro grandes categorías, como nos refiere Paulo en D.19,5,5 pr. (5 *quaest.*): «*Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*». Doy para que des (*do ut des*); doy para que hagas (*do ut facias*); hago para que des (*facio ut des*); y hago para que hagas (*facio ut facias*). Pero lo importante es que los contratos innominados recibieron tutela jurídica. Y ello fue fruto de una evolución. En derecho arcaico el acuerdo entre las partes no producía ningún efecto jurídico. Y esto era manifiestamente injusto, pues se producía un enriquecimiento en quien incumplía, no exento por ello de una posible actuación dolosa, lo que motivó la aplicación de algunos mecanismos procesales, no ya para hacer cumplir a la parte que había incumplido sino para que quien había cumplido pudiera retrotraer su actuación, y restablecer la situación anterior cuando la prestación había consistido en *dare*, restitución que se obtenía con el ejercicio de la *condictio ob causam*; y si la prestación había consistido en un *facere* poder lograr una indemnización por los daños y perjuicios sufridos mediante el ejercicio de la *actio dolī*⁴. Poco a poco, estos medios se fueron superando y se concedió a la parte cumplidora una acción, la *actio praescriptis verbis*, (acción de palabras prescritas)⁵ dirigida a conseguir la ejecución de lo acordado, y de ese modo forzar a la otra parte a cumplir con la contraprestación prometida. A partir de la concesión de esta acción, todos aquellos acuerdos que no se podían encajar en el sistema contractual existente, pasaron a ser contratos dotados de la misma defensa

procesal: la *actio praescriptis verbis*⁶. Con esta acción la parte que cumplía podía optar, como hoy, entre exigir el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.

Entre los diferentes contratos innominados, uno nos ocupa especialmente en esta investigación, el contrato estimatorio⁷. El objetivo del trabajo es, tomando como punto de partida el derecho romano, conocer cuál ha sido su influencia en la doctrina y jurisprudencia actuales, para, con esa información, profundizar con detalle en la proyectada propuesta de regulación del contrato estimatorio en el ALCM. Para poder proceder con esta metodología, es menester detenerse en el estudio de su concepto, de sus caracteres, de su naturaleza jurídica, de las obligaciones de las partes, de la asunción del riesgo, de sus diferencias con otros contratos, de su protección procesal, etc., lo que nos permitirá constatar que no existen grandes diferencias entre la regulación que otorgó el ordenamiento jurídico romano al contrato estimatorio y la que se pretende, por primera vez en derecho español, plasmar en una codificación de derecho positivo. Sin duda, esta iniciativa de regulación definitiva del contrato estimatorio responde al valor añadido que aporta al mercado, especialmente en el ámbito de la distribución comercial, pues garantiza beneficios a todas las partes implicadas y facilita la colocación de los productos en el comercio, fundamentalmente, al por menor. En definitiva, la realidad comercial actual evidencia su importancia, lo que urge su regulación para atender su necesidad en el tráfico comercial y de ese modo proporcionar a todos los involucrados un ámbito de protección y seguridad jurídica⁸.

III. CONTRATO ESTIMATORIO

1. CONCEPTO

En derecho romano por contrato estimatorio se entendía el acuerdo en virtud del cual una persona, *tradens*, entregaba a otra, *accipiens*, unas mercancías u otras cosas, previa tasación de su valor, (*res aestimata*), para que las vendiese, (*traditio rei ad vendendam*), con el derecho de quedarse para sí el *accipiens* el sobreprecio obtenido con la venta, y asumiendo la obligación de pagar su estimación si lo conseguía o, en su defecto, devolver las cosas o mercancías no vendidas. Este concepto se extrae de la información vertida por ULPIANO en varios textos del Digesto: D.17,2,44 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.19,3,1 *pr.*-1 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.19,5,13 *pr.* (*Ulp. 30 ad Sab.*); y D.19,5,17,1 (*Ulp. 28 ad ed.*)⁹.

D.17,2,44 (Ulp. 31 ad ed.)- Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi

videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.

[Si te hubiese dado unas perlas para venderlas, de modo que si las vendieses en diez me des los diez, y si por más, te quedas con la cantidad excedente, me parece que, si esto se hubiera hecho con ánimo de contraer una sociedad, se dará la acción de socio, y si no, la acción de lo expresado con las palabras]

D.19,3,1 pr.-1 (Ulp. 32 ad ed.).- Actio de aestimatio proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

[Se propone la acción estimatoria para resolver una duda. Porque se dudó mucho, si cuando se da estimada (valorada) una cosa para que se venda, si habrá acción de venta a causa de la estimación, o la acción de locación, como si se considerara que yo había dado la cosa en arrendamiento para que se vendiera, o la acción de conducción, como si yo lo hubiese tomado en arrendamiento de servicios, o la acción de mandato. Y pareció mejor que se propusiese esta acción (*actio de aestimatio*), porque siempre que se dude sobre el nombre de algún contrato, pero que convenga que se dé alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria *praescriptis verbis*, porque se hizo un negocio civil, y ciertamente de buena fe. Por lo cual, también en este caso tiene lugar todo lo que hemos dicho respecto de las acciones de buena fe].

1. *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*

[La estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues debe devolver la misma cosa sin menoscabo o la estimación que se acordó]

D.19,5,13 pr. (Ulp. 30 ad Sab.).- Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit societum distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.

[Si yo te hubiese dado una cosa para que la vendieses en cierto precio, y te quedases con aquello en que la hubieses vendido de más, parece bien que no haya ni la acción de mandato, ni la de sociedad, sino la del hecho (*in*

factum), como si hubiese otro negocio distinto; porque los mandatos deben ser gratuitos, y no parece que se constituyera una sociedad con aquel que no te admitió como socio de la venta, sino que se reservó para sí cierto precio]

D.19,5,17,1 (Ulp. 28 ad ed.).- *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

[Si yo te hubiese dado unas perlas estimadas (en dinero), para que me devolvieras las mismas, o su precio, y perciesen antes de la venta ¿de quién será la pérdida? Y dice Labeón, y Pomponio también lo escribió, que si verdaderamente yo como vendedor fui quien te hizo el ruego, la pérdida es mía; pero si fuiste tú quien me rogó, la pérdida es tuya; y si ninguno de los dos hicimos el ruego, sino que solamente consentimos, te obligas únicamente a responderme por el dolo y por la culpa. La acción por esta causa será ciertamente la *actio praescriptis verbis*]

Todos los fragmentos están atribuidos al mismo jurista, y de cada uno de ellos se pueden extraer unas características esenciales que permiten conformar la definición del contrato estimatorio. No olvidemos que a los juristas romanos no les preocupaba la elaboración de definiciones perfectas, sino solamente indicar aquellas reglas claras, precisas y sencillas que sirvieran para resolver los problemas de la vida cotidiana. Junto a las indicadas fuentes romanas, la doctrina frecuenta el estudio de otros tres fragmentos bizantinos cuya aportación al conocimiento del contrato estimatorio es más bien escaso por reiterativos: *Paráphrasis* griega 4,4,28; *Basilicorum* 19,9, 1-2 *De re quae aestimata ad vendendum alicui data est*; y un escolio de Stephano a D.12,1,2,5¹⁰.

Actualmente, el contrato estimatorio, que cuenta con un gran arraigo en el tráfico comercial¹¹ y con una incidencia práctica notable, a pesar de no estar regulado por ninguna norma de derecho positivo, es concebido por la doctrina y por la jurisprudencia, como aquel contrato por el que una persona, denominada *tradens*, entrega a otra, denominada *accipiens* o consignatario, unos bienes o mercancías con un valor tasado o estimado, con el encargo de venderlos en un periodo de tiempo determinado, y una vez que haya transcurrido el plazo pactado, el *accipiens* o consignatario tiene la obligación de entregar el precio pactado correspondiente a los bienes o mercancías que haya vendido y devolver al *tradens* aquellos bienes que no haya conseguido vender¹². Con leves matices es una definición en la que coincide de forma general prácticamente toda la doctrina y la jurisprudencia¹³, lo que nos hace retrotraernos con más ahínco si cabe a su origen romano¹⁴, pues, prácticamente, no ha variado en nada¹⁵. Por consiguiente, en la definición

de contrato estimatorio va incluida su función económica, de tal modo que «en síntesis, el nacimiento del contrato estimatorio permitió a los minoristas una intermediación especulativa en el mercado sin tener que asumir (i) ni la inversión en el stock de mercancías puestas a la venta (ii) ni el riesgo de la falta de reventa, servidumbres propias de la actividad comercial cuando el intermediario compra en firme para revender lo que es propio»¹⁶. Para asegurarse la celebración de un contrato estimatorio, conviene atender a los detalles que indica la jurisprudencia, pues: «*El contrato estimatorio es una relación negocial de naturaleza mercantil, encuadrable entre las de colaboración empresarial, por el que una parte entrega a la otra determinados bienes muebles con un valor cierto, en tanto que el receptor se obliga a procurar venderlos liquidando después cuentas con el transmitente y a devolverlos a este si no lograra su venta. Es por tanto un contrato atípico admisible conforme a la libertad de pacto derivada del artículo 1255 del Código civil, consensual, bilateral y oneroso, carente de preciso formalismo y susceptible desde luego de ser perfeccionado de modo verbal*»¹⁷, si bien también es normal y hasta deseable que se documente siquiera sea la base más elemental del contrato como es la identificación de los objetos, su precio o valor e incluso el tiempo razonable que se fija para que el receptor pueda tratar de obtener su venta a terceros»¹⁸. De ese modo, se evitarán futuras discusiones acerca de cuál sea realmente el tipo de contrato celebrado inter partes, pues no siempre es fácilmente precisable la celebración del atípico contrato estimatorio¹⁹. Así, pues, en los casos de ausencia de un pacto escrito entre las partes, habrá que deducir la naturaleza de la relación contractual de los hechos, es decir, del conjunto de las relaciones comerciales sostenidas entre ambos²⁰.

Ello nos conduce a observar que en el ALCM, artículo 543-1²¹, se da una noción que poco añade a lo conocido y aplicado en la práctica, deducido, además, de la constante y reiterada forma de proceder, de su innegable tipicidad social, recogiendo una definición muy generalizada y consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia, que dice: «*Por el contrato estimatorio una de las partes entrega determinados bienes muebles materiales, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, a un empresario, que se obliga a procurar su venta en el plazo fijado y, al término del mismo, a pagar el precio estimado de las cosas vendidas y restituir las no vendidas*»²².

2. NATURALEZA JURÍDICA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Los juristas romanos discreparon acerca de cuál era la naturaleza jurídica del *aestimatum*. Dudas que se mantienen en la actualidad, pues no hay acuerdo a propósito de cuál es la exacta determinación de su naturaleza jurídica y que, en nuestra opinión, afortunadamente, se resuelve en el

ALCM. Comencemos por las fuentes romanas y su información. ULPIANO, jurista que nos aporta el conocimiento de casi toda la regulación relativa al contrato estimatorio, evidencia en sus escritos las semejanzas y diferencias más importantes con otros contratos, fundamentalmente, con los que denominamos contratos consensuales. En D.19,3,1,1, lo compara con la compraventa (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*) y el mandato; en D.19,5,13 *pr.*, lo compara con el mandato y la sociedad y en D.17,2,44, también con la sociedad. El jurista descarta cualquier alusión a los contratos reales a pesar de producirse la entrega de una cosa. Sencillamente, el jurista trata de despejar dudas respecto de si es una compraventa en razón de la existencia de una *aestimatio*, y, ciertamente, no puede incluirse en tal categoría porque el adquirente, el *accipiens*, no se obliga en ningún momento a entregar el precio estimado, ya que en aquellos supuestos en los que los intentos de venta no fructifiquen, deberá restituir los mismos bienes al *tradens*. Tampoco aproxima el contrato estimatorio al arrendamiento de cosa para venderla, ni a la modalidad de arrendamiento de servicios para que se vendiese, porque las diferencias en la modalidad de pago son relevantes, pues no existe un salario fijo para el *accipiens*, más bien, es una retribución indeterminada, que dependerá del sobreprecio obtenido con la venta por encima del precio tasado. Del mismo modo, la relación entre el *tradens* y el *accipiens* tampoco encaja en el contrato de mandato, ya que el consignatario no queda vinculado necesariamente a su cumplimiento, a la venta de la mercancía, y, además, el mandato es gratuito, requisito fundamental que caracteriza la figura contractual del *mandatum*, que no se requiere en el contrato estimatorio. Finalmente, el *aestimatum* tampoco es un contrato de sociedad, porque las partes excluyen su constitución cuando alguna de ellas soslaya su calificación, no queriendo constituir este tipo de contrato.

No obstante, ULPIANO deja entrever que cuando alguien entrega a otro unas perlas para que las venda por una cantidad y que lo que exceda de ese precio se lo quede, en su opinión, si se hubiera querido contraer una *societas*²³, la acción para exigir su cumplimiento sería la *actio pro socio*, pero como no se convino dicha figura contractual, se otorga la *actio praescriptis verbis*. En el supuesto que se le plantea a ULPIANO, no habría nada de sorprendente si las partes hubieran decidido constituir una *societas unius rei* o *unius negotii*, en donde un socio (el *tradens*) aporta la cosa, las perlas, a su vez ambas partes hubieran establecido, tasado, un precio mínimo de venta, y el otro socio (el *accipiens*), se hubiera constituido como socio industrial aportando su trabajo, su destreza en la actividad mercantil para la venta o su experiencia comercial. El *tradens* recibiría el precio establecido y el *accipiens* el sobreprecio que hubiera conseguido con su habilidad comercial. La clave es que, dependiendo de la *voluntas* de las partes, nos podemos encontrar ante un contrato de sociedad o ante un contrato estimatorio, lo importante

es lo que las partes consensuen. De ahí, que en derecho romano el contrato estimatorio se aproximara más a la categoría de los contratos consensuales que a la de los contratos reales. Sin embargo, su naturaleza jurídica permite diferenciarlo perfectamente de otros contratos, gozando, por ello, de una determinada autonomía y tipicidad jurídica desde el momento en que para exigir su cumplimiento se dispuso de la *actio praescriptis verbis*.

La moderna doctrina también tiene dudas para efectuar una calificación jurídica del contrato estimatorio. No es una cuestión pacífica y tampoco la jurisprudencia existente clarifica mucho al respecto²⁴. Es un contrato atípico, distinto, *sui generis*²⁵. Se trata de un contrato que presenta múltiples similitudes con otros, lo que, en ocasiones, ha inducido a querer aplicar en este tipo de acuerdos estimatorios soluciones jurídicas que no resultan acertadas, ya provengan del contrato de compraventa (bajo condición suspensiva, bajo condición resolutoria, con reserva de dominio o pura con facultad de rescisión), del contrato de depósito o del contrato de comisión (comisión de venta)²⁶. Todos estos, ciertamente, son contratos afines al contrato estimatorio, pero ante la imposibilidad de una plena identificación, es correcto afirmar que el contrato estimatorio es un contrato *sui generis* o autónomo, «cuyo régimen jurídico está en gran medida condicionado por los pactos y cláusulas que las partes hayan introducido»²⁷. Todo ello no obsta para que ante la ausencia de previsión contractual al efecto, ello se supla mediante una prudente aplicación de algunas normas de los contratos más afines, siempre y cuando concurren los necesarios presupuestos de aplicación analógica²⁸.

La actual indefinición en que se mueve la naturaleza jurídica del contrato estimatorio quedará superada el día en que se apruebe el ALCM pues en él queda, como ya hemos dicho, perfectamente tipificado. Estaremos ante un contrato estimatorio de carácter mercantil, caracterizable como contrato de colaboración empresarial²⁹ junto con los contratos de comisión, agencia, mediación, distribución³⁰ y participación. En la exposición de motivos del ALCM, apartado VI-74 se indica que todos «*presentan, como característica fundamental, tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios*». Añadiéndose, expresamente, para el contrato estimatorio, exposición de motivos, apartado VI-78, que es una figura «*tradicionalmente utilizada en nuestro país en algunos sectores, como los de la distribución de libros y prensa, y recuperada actualmente para la distribución de nuevos productos hasta lograr su implantación en el mercado*». Por consiguiente, queda definitivamente establecido que tampoco es una modalidad de los contratos de distribución, modalidad de contrato que se regula expresamente³¹, y cuya finalidad es alcanzar una integración económica de los distribuidores en la red del fabricante, y esto no se logra mediante el contrato estimatorio. Por lo

tanto, es un contrato con una función y unos objetivos propios, que tras su regulación legislativa adquirirá una existencia independiente y diferenciada de cualesquiera otros contratos típicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, más conocido como Código de Pavía, en el libro II, *De los contratos en particular*. Título primero. Capítulo tercero. *Tipos particulares de compraventa*, recoge en su artículo 214 lo que denomina *Compraventa con facultad de restitución de los bienes vendidos (Contrato estimatorio)*. En el propio enunciado ya está configurando el contrato estimatorio como una compraventa con facultad de restitución. Leyendo su conceptualización, se observa más aún su tipificación como figura afin a la compraventa. En el párrafo 1 se establece: «Por medio de este contrato, el vendedor entrega bienes muebles materiales al comprador, que adquiere la propiedad y la posesión de los mismos, obligándose a pagar el precio convenido en el plazo establecido, quedando a salvo su facultad de restituir, en el plazo establecido, los bienes dichos o algunos de ellos, o, en el caso de acuerdo expreso, partes representativas de los mismos». Realmente, no es un contrato estimatorio al uso, como el regulado en el artículo 1556 del Codice civile italiano³², a pesar de la influencia del derecho civil italiano en la elaboración del Código de Pavía, especialmente a través de la influencia del Prof. GIUSEPPE GANDOLFI, ni tampoco como la propuesta del ALCM española, artículo 543-1. Más bien, recuerda a la compraventa romana en la que las partes deciden añadir un *pactum in continenti de retroemendo*, que consistía en que el comprador se reservaba durante un determinado periodo de tiempo la facultad de reintegrar la cosa al vendedor y que este le entregase un precio igual al que abonó. El mismo Prof. GANDOLFI escribe: «En el Capítulo Tercero, en fin, se regulan las diversas especies tradicionales de venta y, además, los contratos que se mueven en la órbita de la misma (compraventa *ad gustum*, a prueba o sobre muestras; compraventa con reserva de dominio; leasing; compraventa con pacto de retro; contrato estimatorio; suministro; compraventa con pacto de exclusiva; concesión de venta en exclusiva; compraventa con franquicia; compraventa en subasta). En relación con los contratos que, entre los citados, han surgido de la práctica en los últimos decenios, se ha juzgado necesario recurrir a una disciplina detallada, dado que los mismos carecen de normas reguladoras en los códigos, con la salvedad de los más recientes, quedando al albur de la autonomía privada, lo cual lleva aparejado frecuentes abusos»³³.

3. OBJETO

El *tradens* entrega «determinados bienes muebles materiales» (art. 543-1 ALCM), precisión que evita cualquier duda que pudiera surgir en un futuro.

Actualmente, lo habitual es que el contrato estimatorio tenga por objeto bienes muebles fungibles, mercancías que suelen requerir de una venta rápida, en algunos casos con un fuerte riesgo de oportunidad para los vendedores, por ejemplo, periódicos, revistas³⁴, libros³⁵, postales³⁶, ropa de temporada, prendas de confección³⁷, complementos de moda, artículos de zapatería³⁸, joyería, productos de alimentación³⁹, neumáticos⁴⁰, etc., aunque es verdad, que en ocasiones también se ha utilizado el contrato estimatorio para comercializar bienes no fungibles y de gran valor, como, por ejemplo, obras de arte, antigüedades, a través de casas de subastas o galerías de arte, es decir, objetos únicos y de gran valor. Y más extraño aún, casi como algo anecdótico, se ha utilizado para la venta de un inmueble⁴¹, categoría de bienes en la que gran parte de la doctrina se muestra reticente a que puedan ser objeto de este contrato estimatorio⁴². «En la actualidad es una figura contractual de uso limitado a ciertas parcelas del comercio, cumpliendo una finalidad económica de promoción de las ventas, a través de los detallistas que carecen de la capacidad financiera para asumir la compra en firme especialmente cuando se trata de productos de elevado coste (por ejemplo, joyas) o de fácil pérdida del valor de cambio (productos de moda, libros...)»⁴³.

Sin embargo, en un futuro serán bienes muebles materiales, es decir, que se excluyen radicalmente los inmuebles, se evita la duda, y por materiales habrá de entenderse los que puedan valorarse, que tengan valor material, no inmaterial. Bienes que puedan formar parte del mercado, que puedan ser estimados. Quedarán excluidos los intangibles, así como los bienes muebles inmateriales, que si bien admiten valoración se excluyen como objeto del contrato estimatorio. En definitiva, que se trate de bienes muebles no registrables⁴⁴ u otro tipo de elementos en los que sea necesaria la intervención del *tradens* para su disposición en el mercado⁴⁵. Además, es preciso añadir que los títulos valores nominativos y a la orden, al igual que los créditos, no serán objeto idóneo del futuro contrato estimatorio⁴⁶, como tampoco lo son en la actualidad⁴⁷. Respecto del objeto, los textos romanos hablan de cosas concretas, por ejemplo, perlas, ropas, vestidos⁴⁸, un esclavo (que tenía tratamiento de cosa, *res*), o a veces se utiliza el término *res* (cosa) en sentido genérico. Por lo tanto, aunque las fuentes romanas no dicen nada más, sin embargo, es posible deducir de las notas definidoras del *aestimatum* que el objeto típico de este contrato eran cosas muebles e individualizadas⁴⁹. Y lo que es más importante, hay que poner en duda su fungibilidad, porque el *accipiens* estaba obligado, caso de no realizarse la venta, a *ipsam rem debebit incorruptam reddere* (D.19,3,1,1). *Ipsam rem incorruptam*, significa devolver la misma cosa incólume, sin menoscabo, no otra igual, o del mismo género y calidad, no, la misma que se estimó.

4. CARACTERES

1) *Bilateral y de buena fe*

Es obvio que, tanto en Roma como en la actualidad, como en el ALCM, se trata de un contrato bilateral, oneroso y de buena fe. Intervienen dos partes, *tradens* y *accipiens*, la primera, entrega y la segunda, recibe. Que ambas partes pactan, acuerdan, por lo tanto, llegan a un consenso, aunque, como se verá, nunca ha sido calificado como contrato consensual. El contrato estimatorio fue reconocido como contrato de buena fe por el propio jurista ULPIANO, quien, en D.19,3 *pr. in fine*, lo conceptúa como negocio civil de buena fe y, en consecuencia, también, a todo lo establecido respecto de las acciones que derivan de su conclusión, que, obviamente, son de buena fe (*est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*). Asimismo, en las *Instituciones* de JUSTINIANO 4, 6, 28⁵⁰, el Emperador recogió un elenco de acciones de buena fe entre las que incluye, curiosamente, de forma diferenciada, la acción que se da por lo estimado y la *actio praescriptis verbis*, y también la que compete por permuta. De ahí que se haya afirmado que «Probablemente, la sanción independiente de las acciones derivadas del *aestimatum* y de la permuta se deba al carácter paradigmático y esencial de estas figuras dentro de la categoría de contratos innominados»⁵¹. Por último, resulta de interés destacar que la jurisprudencia entiende que «*El principio de buena fe debe informar las relaciones contractuales en general y las mercantiles en especial, caracterizadas por la seriedad y rigor con que los comerciantes atienden generalmente al cumplimiento de sus obligaciones*»⁵².

2) *Precio estimado en cantidad cierta*

La expresión contrato estimatorio encierra en sí misma otra característica fundamental: la estimación o valoración de la cosa. La expresión «estimatorio» deriva de *aestimatum*, que significa evaluado, estimado. De ahí, que la cosa tenga que ser evaluada antes de ser entregada; es un requisito básico conocer su valor para centrar las obligaciones del *accipiens* y los derechos del *tradens*, saber a ciencia cierta el valor de la cosa entregada. Tiene que ser una *res aestimata vendenda datur*, dar una cosa estimada, valorada, para que se venda, decían los romanos. También se usaba la expresión sinónima de *certo pretium*, de precio cierto, determinado (D.19,5,13 *pr.*). Con similar expresión se manifiesta el ALCM cuando dice: «*cuyo valor se estima en una cantidad cierta*». Circunstancia que para la doctrina actual constituye uno de los ejes fundamentales del contrato estimatorio, la valoración de la cosa.

¿Pero quién valora la cosa? Se entiende que las partes, cuando concluyen el contrato, han cumplido con el requisito de la estimación económica de la mercancía, con su valoración. Ahora bien, que la hagan ellos personalmente, que la encarguen a terceros, es irrelevante, pues lo importante es que antes de concluir el acuerdo se conozca el valor de la cosa que ha de entregarse al *accipiens*. La *aestimatio* equivale a una caución, suma de garantía o responsabilidad, es decir, actúa como límite del interés del *tradens* en los supuestos en que se produzca su pérdida o deterioro. Sin olvidar que las mercancías podrán valorarse de forma individual o en conjunto, siempre y cuando se trate de cosas de la misma naturaleza, cuando los precios vayan impresos o determinados en listas⁵³.

3) Condición empresarial de las partes

Se ha apuntado que el contrato estimatorio es bilateral, pero se plantea la cuestión de si ambas partes, alguna o ninguna de ellas, tiene que dedicarse al desempeño de actividades comerciales. Porque si se parte de que el contrato estimatorio es un contrato esencialmente mercantil, al menos una de las partes intervinientes tiene que dedicarse al tráfico comercial. Es más, hay autores que piensan que es mercantil tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva. Si se atiende a su configuración subjetiva, el contrato estimatorio se incorpora en la categoría doctrinal de los contratos bilaterales de empresa y, si se atiende a un plano objetivo, el contrato se articula como un instrumento para la realización del tráfico empresarial⁵⁴. Característica que se recoge en el artículo 543-2 ALCM, que había sido soslayada en la Propuesta anterior, y que reza del siguiente modo: «2. *El contrato estimatorio tiene carácter mercantil*»⁵⁵. De los textos romanos no se infiere esta precisión técnica, porque en derecho romano no estaba regulada específicamente ninguna institución bajo la expresión de lo que hoy conocemos como derecho comercial. No obstante, el contrato estimatorio nació en el tráfico mercantil romano y tuvo gran difusión entre comerciantes al por mayor y al por menor y en operaciones de corretaje⁵⁶. Además, no podemos soslayar que eran contratos basados en la confianza, eran contratos *intuitu personae*, pues se celebraban teniendo en cuenta la profesión, la solvencia y el oficio del otro contratante. Hoy, la doctrina, ha entendido que como la finalidad del contrato estimatorio es el desarrollo de una actividad comercial, con ánimo de lucro, al menos una de las partes, normalmente el *accipiens*, debe ser siempre un empresario⁵⁷.

Habitualmente, lo suelen celebrar los fabricantes o los mayoristas, con minoristas, editoriales con librerías, editoriales de periódicos con quioscos, los vendedores ambulantes⁵⁸, etc. Sin embargo, el ALCM, en su actual

redacción del artículo 543-1 zanja cualquier duda que pudiera surgir al respecto. En el Anteproyecto anterior al Dictamen del Consejo de Estado, como también constaba con anterioridad en la Propuesta de Código mercantil, aparecía lo que era una novedad, que el *accipiens*, quien recibe la mercancía, debería ser «un operador del mercado». Ciertamente que el «operador del mercado» es quien define con su presencia la mercantilidad del contrato estimatorio. Ciertamente, también, que se trata de un término de amplio espectro, que se recogía en el artículo 001-2 ALCM, en donde se indicaba que a los efectos de este Código son operadores del mercado los empresarios, las personas físicas y jurídicas que ejerzan actividades relacionadas con el mercado, las sociedades, etc. Ello suponía que el término comerciante del artículo 1-1.º del Código de Comercio, estaba superado; de hecho, el actual concepto de empresario sería el equivalente moderno de comerciante. El término «operador del mercado», actualmente, se utiliza con cierta frecuencia, siendo un término procedente del ámbito económico con el que referirse al responsable de la gestión económica del sector en que actúe⁵⁹. Todo ello es conforme con lo manifestado en la exposición de motivos, apartado VI-74 del ALCM, cuando indica que la característica fundamental del contrato estimatorio es «servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios»⁶⁰. En consecuencia, en la nueva Propuesta de ALCM se sustituye el término «operador del mercado» por «empresario», para ceñirse de ese modo a una terminología más propia y técnica del ámbito mercantil.

4) *Duración del contrato*

El contrato estimatorio es un contrato temporal que perdura en el tiempo lo que las partes acuerden, pero tiene que ser un periodo concreto, determinado o determinable, conocido y acordado por ambas partes antes del comienzo de la ejecución de lo pactado. Es evidente que no puede ser un contrato por tiempo indeterminado, ni por el tiempo que pudiera fijarse a posteriori por las partes o por un tercero. El establecimiento de un plazo de duración del contrato es un requisito inexcusable para que tenga plena validez. Y es que uno de los requisitos evidentes de este contrato es el del plazo, el del término en el que la venta ha de realizarse y el dinero y los objetos no vendidos restituirse, indispensable en un negocio en el que no se produce la transmisión de la propiedad al que recibe los bienes muebles⁶¹. «Difícilmente puede calificarse el contrato como estimatorio cuando no hay plazo para la venta de las mercancías por el valor estimado de las mismas»⁶². No tendría sentido un encargo de venta de cosa tasada cuya temporalidad

para rendir cuentas fuera indefinida. Sobre todo, porque los productos o mercancías objeto del contrato estimatorio, no siempre, pero sí con frecuencia, son productos perecederos, caducan, pierden actualidad, por ejemplo, un periódico, un libro, objetos de moda, ropa, por eso, el ALCM recupera este tipo de contrato exigiendo que se establezca un plazo para procurar su venta. Es más, en un periodo de tiempo indeterminado, lo normal es que el precio de las cosas varíe, fluctúe, con lo que la tasación inicial carecería de significado. Por consiguiente, en el artículo 543-1 ALCM se habla de «plazo», de cuyo incumplimiento derivarán las correspondientes responsabilidades. En el ordenamiento jurídico romano, en sus fuentes, no se habla de plazo, pero es obvio que va implícito en el acuerdo de encargo de venta por un precio tasado, con el beneficio del sobreprecio para el *accipiens*.

La doctrina moderna, aun entendiendo que el contrato estimatorio debe concluirse con la fijación de una duración predeterminada, sin embargo, habitualmente admite la celebración por un plazo indeterminado. Su razonamiento lo fundan en que, por tratarse de un contrato atípico, hoy, la autonomía de la voluntad permite una gran flexibilidad en su configuración, lo que justifica que las partes puedan matizar o modificar el plazo establecido *ab initio*. No obstante, lo normal es que las partes se vinculen por los plazos establecidos por los usos mercantiles en el sector de que se trate⁶³. E, igualmente, dado que se trata de un contrato de buena fe, habrá de entenderse que se pueda prorrogar si ambas partes están de acuerdo. Ello es conforme con la justificación recogida en el apartado VI-78 de la exposición de motivos del ALCM, en el que se indica que «*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato estimatorio, tradicionalmente utilizada en nuestro país en algunos sectores, como los de la distribución de libros y prensa, y recuperada actualmente para la distribución de nuevos productos hasta lograr su implantación en el mercado*». De ello se colige que, si el objetivo final es la penetración de nuevos productos en la cadena de distribución, se establezcan plazos razonables que permitan evaluar su implantación, y, consiguientemente, prorrogar los periodos de tiempo cuando se considere necesario insistir en la introducción del producto en el mercado.

5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1) *Obligaciones del tradens*

Por tratarse de un negocio jurídico bilateral y oneroso ambas partes tienen derechos y asumen obligaciones. La principal obligación para el *tradens* es efectuar la *traditio rei*, es decir, entregar la cosa al *accipiens*. La

doctrina debate si esta *traditio* transmite o no la propiedad. De las fuentes jurídicas romanas no se puede extraer ninguna conclusión definitiva, lo que no empece para que este contrato estimatorio, perfectamente diferenciado de los demás existentes en el sistema contractual romano, permita aseverar que con la entrega de la cosa por parte del *tradens* al *accipiens* no se está transmitiendo la propiedad. *Traditio* es una mera transmisión de la posesión, con muy distintos fines, no necesariamente para transmitir la propiedad. En el *aestimatum* romano se entrega para que se proceda a la venta de la cosa en un plazo previamente fijado, pero ello no significa que el *accipiens* haya adquirido la propiedad por la entrega, porque en el supuesto de no haber conseguido vender la cosa en el precio tasado, podrá devolverla al *tradens*. No se entendería un contrato en el que una parte entrega la propiedad de una cosa a otra parte, para que se venda por un precio, y esa misma propiedad pueda retornar a quien la entregó si no se consigue vender. En consecuencia, el *tradens* no transmite la propiedad de la cosa entregada al *accipiens*, sino que junto con la *traditio* de la cosa, el *tradens* está otorgando una facultad de disposición *ad vendendum* al *accipiens*, que incluso podrá ser él mismo quien finalmente pague el precio tasado y adquiera la propiedad⁶⁴. Es decir, que con la entrega el *tradens* se encuentra temporalmente privado de la facultad de disponer de dichos bienes, aunque no haya perdido la propiedad. El *tradens* sigue conservando la propiedad y el derecho a percibir el precio estimado en caso de que se venda.

La doctrina y jurisprudencia españolas que han abordado la cuestión se inclinan por defender que con la entrega de la cosa o mercancía solamente se transmite la posesión, no la propiedad, no hay una finalidad traslativa del dominio, concediendo de ese modo al *accipiens* determinadas facultades de disposición, que más adelante serán abordadas⁶⁵. Por lo que respecta al ALCM, el artículo 543-1 se limita a decir que: «una de las partes entrega determinados bienes muebles materiales». Por lo tanto, nada nuevo, el *tradens* debe entregar la mercancía, que siempre serán «bienes muebles materiales», cuyo significado se ha visto ut supra, con un valor estimado en una cantidad cierta. Valoración de la cosa cuya obligación puede recaer única y exclusivamente en el *tradens*, salvo acuerdo de las partes.

2) Obligaciones del *accipiens*

Por lo que respecta a los derechos y obligaciones del *accipiens*, ya en las fuentes romanas se establecieron los siguientes:

Restituir la cosa tasada si no se ha conseguido vender o pagar el precio de venta acordado (pago de la *aestimatio*), en tres supuestos: I) porque se

ha vendido a un tercero, siendo el sobreprecio el beneficio del *accipiens*, II) porque el consignatario decide quedarse con la cosa en propiedad y pagar el precio estimado, por cierto, sin previa autorización del *tradens* pues se considera un elemento natural del negocio, y III) porque la mercancía ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor (supuesto al que se dedicará infra un epígrafe). De ello, nos informa ULPIANO en D.19,3,1,1.- *aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*. La conjunción disyuntiva *aut*, «o», en principio, hace pensar en una obligación alternativa. Es decir, que el *accipiens* se libera de su obligación cumpliendo una u otra, no siendo necesario el cumplimiento de las dos. Aunque más adelante, como se verá, tal posible alternancia no existe, es imposible, pues si la cosa se vende se paga con el *aestimatum* y si no se vendió, se devuelve la mercancía. No puede depender de la condición personal del comprador, ya sea un tercero ya sea el propio *accipiens*, el criterio sobre el que bascule la alternancia de la obligación. Lo que parece seguro, es que en derecho romano no se admitió el cumplimiento parcial del contrato estimatorio, esto es, que unas cosas fuesen vendidas y otras no; que de las primeras se entregase el precio obtenido y que las segundas fuera reintegradas. Sin embargo, ello no obstó para que fuera lícito y posible.

Entre las obligaciones del *accipiens*, además de recibir la posesión, aún en forma de disponibilidad fáctica, también figura la de procurar vender los bienes objeto del contrato. Probablemente sea la obligación más importante de las que asume el consignatario, pero no se trata de una obligación de resultado, sino de una obligación de medios por cuanto su obligación es utilizar todos los instrumentos, instrucciones, experiencia, etc., que estén a su alcance para lograr el compromiso adquirido, y si no lo consiguiese, se entenderá que, habiendo puesto todo su mejor esfuerzo en cumplir aquel objetivo (la venta), cumplirá igualmente devolviendo la mercancía que no haya logrado vender al *tradens*. Este comportamiento implícitamente le obliga a no realizar deliberadamente ninguna conducta tendente a impedir la venta de las mercancías. Quizás, por ello el artículo 543-1 ALCM diga que el empresario «*se obliga a procurar su venta*». Procurar es intentar (obligación de medios), lo cual no significa conseguir (obligación de resultado), y para ello deberá poner la diligencia debida como si el negocio, la mercancía, fuera propia⁶⁶.

La doctrina española advierte una obligación alternativa en el *accipiens* (consignatario), pues, o bien devuelve las mercancías que recibió o bien su precio. Pero estamos ante dos circunstancias completamente diferentes. Por un lado, cuando ha vendido las mercancías ya no puede devolverlas, en cuyo caso necesariamente deberá reintegrar al *tradens* el precio de venta fijado, y el *accipiens* se beneficia con el sobreprecio, si lo hubiera conseguido. En este supuesto no hay posibilidad de exigirle una obligación alternativa,

solamente la de entregar el precio obtenido. Por otro lado, pudiera suceder que el *accipiens* no hubiera conseguido vender las mercancías, en este caso, llegado el momento del vencimiento del plazo, el momento de rendir cuentas, es cuando puede surgir la duda de si estamos ante una obligación alternativa o no. El consignatario puede reintegrar las cosas no vendidas y de ese modo se pone fin al contrato, o puede optar por pagar el precio acordado al *tradens* y adquirir para sí la propiedad, con la esperanza de obtener algún beneficio en una reventa futura. La decisión que adopte dependerá, en la mayoría de los casos, de factores aleatorios como la situación del mercado, la tendencia de los precios, los stocks que tenga de productos similares, de la previsión de ventas, etc.⁶⁷.

Ver en estas circunstancias una obligación alternativa ha sido muy criticado por la doctrina, pues la principal obligación del consignatario era vender las mercancías, y como mal menor, si no lo consigue, devolverlas al *tradens*. El hecho de que se faculte al *accipiens* a proceder a la devolución de las mercancías cuando no haya conseguido el objetivo de su venta, no implica ninguna obligación alternativa. Porque en las obligaciones alternativas el obligado cumple cuando lleva a cabo cualquiera de las prestaciones disyuntivamente indicadas, pues todas ellas proporcionan similar satisfacción a las partes⁶⁸. Ello demuestra que el *accipiens* ha intentado vender la mercancía, es decir, el contrato estimatorio conlleva una obligación implícita para el consignatario, cual es, el desarrollo de toda actividad comercial a su alcance hasta conseguir vender aquella, ya que ese era su compromiso inicial, pues el *tradens* no arriesgaría durante un tiempo pactado la venta de unas mercancías por un precio tasado, si no conociera de la actividad comercial del *accipiens*, de su experiencia. La solución, a posteriori, es que si el *tradens* no se ve satisfecho por la devolución excesiva de mercancías cambie de minorista (*accipiens*), y busque otro más eficiente. De todos modos, mientras el consignatario pague la cantidad pactada por las mercancías, al *tradens* no debe preocuparle el origen del dinero, ya provenga de una venta a un tercero, o provenga del patrimonio del consignatario que decidió regalar o donar dichos bienes, o quedárselos para sí⁶⁹.

Quizás la inercia doctrinal lleve a pensar en caracterizarla como una obligación alternativa, pero descartado que así sea, pudiera suceder que estemos ante una obligación facultativa, o ni una cosa ni otra, sencillamente ante una obligación pura. La redacción del artículo 543-1 ALCM, no facilita la interpretación pro *obligatio* alternativa, pues dice que el empresario al término del plazo fijado se obliga: «a pagar el precio estimado de las cosas vendidas y restituir las no vendidas». Esta redacción no admite ninguna interpretación a favor de una obligación alternativa. Es más, tiene hasta un cierto carácter imperativo concentrado en una única obligación. Se infiere, pues, que al legislador no le importa a quien se hayan vendido las mercancías, si

a un tercero, si se las quedó el propio *accipiens* para regalarlas, donarlas, u obtener un mayor beneficio en un futuro. Es un comportamiento que ni afecta al *tradens*, ni afecta al propio desarrollo del cumplimiento de la obligación estimatoria. Por consiguiente, entendemos que la discusión de si se trata de una obligación alternativa o no, en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil queda superada, no siguiendo ni el origen romano, ni las posiciones mantenidas por la doctrina.

Respecto de si se trata de una obligación facultativa, es decir, con facultad de pago⁷⁰, nuestra opinión es contraria a esa calificación jurídica, ya que el *accipiens* no puede liberarse de su obligación de entregar el *aestimatum* cuando haya vendido la cosa, necesariamente tendrá que hacerlo, pues cuando no se vende se restituye la mercancía. Lo que, en nuestra opinión, no es admisible es que su interés subjetivo por apropiarse de la cosa no vendida, independientemente del motivo por el cual lo haga, se eleve a la condición de *facultas solvendi*, porque ni estaba previsto en el título constitutivo del contrato estimatorio, ni en la ley. La obligación es única: cumplir lo pactado, cuando se vende la mercancía se paga el precio y cuando no se vende, se restituye. E, incluso, es factible la conjunción de ambas prestaciones en una sola obligación, cuando todas las mercancías objeto del contrato estimatorio no lograsen ser vendidas y necesitaran ser restituidas. Esta interpretación nos lleva a no calificar ni de alternativa ni de facultativa la obligación del *accipiens*, opinión avalada por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 543 del ALCM, cuando aborda la cuestión del pago en los supuestos de imposibilidad de restitución de la mercancía por causa de su perecimiento: asunción del riesgo.

6. ACTOS DE DISPOSICIÓN

1) *Actos de disposición del tradens*

Por lo que se respecta a los actos de disposición de las cosas o mercancías entregadas para la venta por un precio tasado, poco podemos inferir de las fuentes romanas que no haya sido dicho; no obstante, la cuestión está relacionada con las obligaciones asumidas por las partes y la asunción del *periculum*. Se pueden diferenciar, una vez concluido el contrato estimatorio, entre los actos de disposición propios del *tradens* y los actos de disposición propios del *accipiens*. Comenzando por el *tradens*, dueño de la cosa, su capacidad dispositiva sobre la mercancía entregada al consignatario es nula. No podrá concluir ningún negocio jurídico que tenga por objeto la mercancía estimada y, además, ha perdido su capacidad de disposición sobre ella mientras dure el plazo fijado para la venta. Su capacidad dispositiva

termina con la *traditio rei*, que recuperará una vez haya transcurrido el plazo determinado y la venta de la cosa no se haya producido. Ahora bien, esos bienes siguen siendo propiedad del *tradens*, aunque estén en posesión del *accipiens*, y mientras perdure esa situación los únicos sujetos autorizados para dirigirse contra dichos bienes serían los acreedores del *tradens* y, claro está, siempre que fueran necesarios para hacer frente a una obligación vencida y no cumplida, pues nada obsta para que el dueño, el *tradens*, hubiera intentado defraudar a sus acreedores mediante la conclusión de un contrato estimatorio. Este mismo planteamiento viene manteniendo la doctrina⁷¹, en tanto no se apruebe el proyectado nuevo Código mercantil, que ha previsto en su artículo 543-3.2 que «*La parte que entregó los bienes no podrá disponer de ellos mientras no le sean restituidos*».

2) *Actos de disposición del accipiens*

Por lo que respecta a los actos de disposición del consignatario o *accipiens*, se ha visto en las fuentes jurídicas romanas que básicamente fueron dos: restituir la cosa tasada cuando no se ha conseguido vender o pagar el precio de venta acordado (pago de la *aestimatio*). En la actual doctrina se mantiene lo mismo, que el *accipiens*, aunque solamente tiene la posesión de las cosas o mercancías y, por lo tanto, no es propietario, sin embargo, tiene capacidad de disposición sobre ellas, lo que le autoriza a que pueda venderlas. «El contrato estimatorio permite que el comerciante minorista venda mercancías ajenas (ya que no las ha comprado) y consiga el mismo beneficio que con la venta de mercancías propias. Esa posibilidad de comercialización no solo resulta de factores reales (como pueden ser la coyuntura, el nivel de precios, la competencia o la calidad del artículo), sino también de factores personales que, en el caso del contrato estimatorio, adquieren especial relevancia, ya que el minorista, el *accipiens*, no arriesga en este contrato su propio capital»⁷².

Es más, que el *accipiens* no adquiera la propiedad de los bienes es relevante para el caso que devenga insolvente, supuesto en que sus acreedores no podrán dirigirse contra dichos bienes⁷³. Esta realidad se plasma perfectamente en el ALCM, artículo 543-3.1 que dice: «*Son válidos los actos de disposición realizados por quien ha recibido los bienes, pero sus acreedores no podrán embargarlos o tomarlos en prenda hasta que no se haya pagado su precio*». Obviamente, los acreedores del *accipiens* solamente podrán embargar o tomar en prenda los bienes, si quien paga el precio es el mencionado consignatario, porque de ese modo adquiere la propiedad de las cosas, pero nunca cuando quien adquiera la propiedad sea un tercero⁷⁴. «El propósito de la norma es cerrar la posibilidad de que los acreedores del consignatario

puedan embargar lo que en definitiva son mercancías ajenas, aunque no estamos en sentido estricto ante una reserva de dominio, porque esa reserva iría en contra de la naturaleza del contrato: de existir, la venta al tercero dependería del pago de la *aestimatio* por parte del consignatario»⁷⁵. Lo que sí parece cierto es que el *accipiens* queda obligado al saneamiento por evicción y por los vicios de los bienes vendidos. Y ello porque los adquirentes de los productos carecen de acción frente al *tradens* por razón de la venta. Además, el *tradens* no posee ninguna acción contra los compradores⁷⁶.

7. ASUNCIÓN DEL RIESGO

No es un tema pacífico en la doctrina, al menos en derecho romano⁷⁷, determinar quién de las partes intervinientes en un contrato estimatorio, *tradens* y *accipiens*, debe asumir la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor de las cosas o mercancías que han sido entregadas al consignatario (*accipiens*), en virtud del *aestimatum* pactado. Existen dos fragmentos en las fuentes jurídicas romanas, atribuidos a ULPIANO, en los que a priori se observan imputaciones del riesgo contradictorias. Son los fragmentos D.19,3,1,1⁷⁸ y D.19,5,17,1⁷⁹. En D.19,3,1,1, se afirma que la estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues tiene que devolver la misma cosa que recibió o la estimación que se acordó. Es decir, ULPIANO afirma tajantemente que el *periculum* o perecimiento de la cosa por causas fortuitas no imputables, debe asumirlo el *accipiens*. Por el contrario, en D.19,5,17,1, el mismo jurista, ULPIANO, se pregunta quién ha de soportar la pérdida fortuita de unas perlas entregadas para su venta, por medio de un contrato estimatorio, si estas pereciesen antes de ser vendidas. ULPIANO, siguiendo la opinión, previamente manifestada, de LABEÓN y POMPONIO, respondió que dependía de quién hubiera solicitado la venta. Si hubiera sido el *accipiens*, será este quien asuma el *periculum*, es decir, la pérdida y sus consecuencias. Por el contrario, si quién había solicitado la venta hubiera sido el *tradens*, será este quien soporte la pérdida. Pero, si ninguno de los dos lo solicitó, ninguno de los dos hizo el ruego, porque ambos se limitaron a consentir, el *accipiens*, dice el jurista, responderá por dolo y por culpa, no haciendo imputación del *periculum* a nadie; omisión que ha permitido a la doctrina colegir que el riesgo lo asume el *tradens*, aunque no conste expresamente en el texto. Es decir, el riesgo por la pérdida que, implícitamente se entiende que es antes de la venta, debe cargarse sobre el preferentemente interesado en el negocio⁸⁰.

La mayoría de la doctrina coincide en que los textos están alterados en época bizantina, que están interpolados⁸¹. Pero ambos fragmentos se pueden conciliar, no solo porque estén atribuidos al mismo jurista, ULPIANO, o porque los dos procedan del Comentario al Edicto, sino porque dan res-

puestas complementarias en dos supuestos, que aparentemente se presentan disímiles, pero que no lo son. En el fondo, el jurista trata de buscar una respuesta coherente a cada problema que se le plantea, de ahí que responda en cada caso a una *quaestio facti* diferente, sin perder el hilo conductor. Así, el *periculum* lo asume siempre el *accipiens* (D.19,3,1,1 y D.19,5,17,1⁸²), quien, además, también responderá por dolo y por culpa del perecimiento de la cosa o mercancías estimadas. Ahora bien, si quien tomó la iniciativa de la venta fue el *tradens*, (cosa diferente será su prueba), asumirá el *periculum*, y tendrá que soportar la pérdida de la cosa sin recibir el pago del precio estimado (D.19,5,17,1; *Pauli Sententiae* 2,4,4⁸³).

La moderna doctrina mercantilista mayoritariamente acepta que el consignatario, el *accipiens*, debe asumir el riesgo sobre las cosas recibidas, al igual que ostenta los actos de disposición sobre ellas⁸⁴. Ello significa que, en caso de pérdida, destrucción, o menoscabo, incluso por caso fortuito o fuerza mayor, siempre estará obligado a pagar el precio estipulado al *tradens*. La razón no estriba solo en que el *accipiens* se enfrenta a una obligación alternativa, cuestión discutible, y en caso de perecimiento de la cosa le sea aplicable el artículo 1134 del Código civil, que concentra el derecho de elección en la única prestación realizable, sino porque, además, el *accipiens* tiene que responder del compromiso adquirido de devolver las cosas estimadas para su venta en un determinado plazo y también aquellas que no haya conseguido vender. Dada la ausencia de base legal, le será al *accipiens* muy difícil demostrar que no puede devolver las cosas ni pagar su precio por causas no imputables a su voluntad, salvo pacto expreso en contrario. Por otro lado, no olvidemos que si el contrato estimatorio se presenta como una alternativa a la compraventa⁸⁵, en este contrato la regla general es *periculum est emptoris*, el riesgo lo asume el comprador, (implícito en el art. 1452 CC), pues el *accipiens*, en ocasiones, es un colaborador y en otras un auténtico comprador. La doctrina ha discutido y argumentado a favor y en contra de si debe ser o no el *accipiens* quien asuma el riesgo, aceptando el criterio jurisprudencial que parte de una «razonable agravación de la responsabilidad del consignatario», derivada de la profesionalidad del *accipiens*, de su propio interés en la venta y por la amplitud de su poder de decisión sobre la actividad de venta⁸⁶. Además, la opinión jurisprudencial mantiene de forma indubitada que el riesgo por la pérdida o perecimiento de las cosas depositadas lo asume el *accipiens*⁸⁷. Lo cual parece justo, pues, aun no siendo propietario de las cosas entregadas, obtiene todas sus ventajas, de donde se infiere como lógico que asuma los inconvenientes, especialmente en caso de eventual pérdida o deterioro fortuito⁸⁸.

Por suerte, en el proyectado Código mercantil, queda meridianamente claro que será siempre el consignatario quien deberá responder del *periculum*. Dice el artículo 543-2 ALCM, Pago del precio: «La parte que ha recibido los

*bienes no queda liberada de la obligación de pagar el precio si la restitución de los mismos en el estado en que los recibió deviene imposible incluso por una causa que no le sea imputable»⁸⁹. La atribución del riesgo al *accipiens* deriva de la propia estructura del contrato; si el consignatario tenía la obligación de devolver la cosa no vendida o el precio, en caso de haberla vendido, si fuera imposible cumplir con su compromiso, no puede quedar liberado de la prestación que aceptó efectuar. La explicación reside, entre otras, en que el contrato celebrado deriva del mutuo consentimiento, es bilateral, cada una de las partes asume su responsabilidad ligada al cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto, parece lógico que el *accipiens* asuma el riesgo. A lo que puede apostillarse que, siendo el contrato estimatorio un contrato de buena fe, basado en obligaciones autónomas, cada parte debe cumplir su prestación en la medida en que la otra esté dispuesta a cumplir con la suya. De donde se colige el verdadero sentido de la literalidad del artículo 543-2 ALCM, cuando prescribe que: «La parte que ha recibido los bienes no queda liberada de la obligación de pagar el precio si la restitución ... deviene imposible incluso por una causa que no le sea imputable»⁹⁰. Y ello, sin soslayar que el valor tasado de la mercancía cumple una función de garantía mínima para el *tradens* en todos los supuestos de *periculum*.*

IV. CONCLUSIONES

I. El contrato estimatorio es un contrato atípico, *sui generis*, con gran arraigo e incidencia práctica en el tráfico comercial que, habiendo surgido en época romana hace más de veinte siglos, a día de hoy aún no ha sido contemplado en ningún cuerpo legal de derecho positivo patrio. En el ordenamiento romano, por no compadecerse con ninguno de los tipos contractuales existentes en aquel momento, fue incluido en la categoría de los contratos innominados. Se trataba de un conjunto de relaciones jurídicas que no conformaban una categoría singular como para que fueran así reconocidos en el Edicto del Pretor. Quizás, de aquellas dudas iniciales romanas, respecto de su tipificación jurídica, se haya llegado hasta la actualidad, momento en que ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo a propósito de cuál deba ser exactamente la determinación de su naturaleza jurídica. Es decir, que estamos ante un ejemplo más, de cómo aquellas cuestiones jurídicas a las que Roma no dio una solución legal certera y definitiva, han llegado exactamente igual a la actualidad, sin embargo, con la proyectada modificación del Código mercantil serán resueltas.

II. Como consecuencia de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Código mercantil, por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho mercantil, se ha proyectado un régimen legal del contrato

estimatorio como contrato de colaboración, en el artículo 543, estructurado, a su vez, en tres párrafos: 1. Noción; 2. Pago del precio y 3. Actos de disposición. La factible reviviscencia de una obligación que surgió en Roma, que se ha mantenido en el derecho intermedio, y que perdura en la actualidad, gracias a la doctrina y a la jurisprudencia, por fin, si el Anteproyecto es aprobado, se regulará por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, el legislador español se ha decidido definitivamente por incorporar en el futuro Código mercantil el contrato estimatorio como categoría de negocio autónomo.

III. Una vez que el Consejo de Ministros apruebe el ALCM, para su ulterior remisión a las Cortes Generales como Proyecto de Ley, y aquellas, tras el correspondiente debate, lo ratifiquen, el ordenamiento jurídico español dispondrá por primera vez en su historia de un Código mercantil que regulará el contrato estimatorio. Como se ha visto en cuanto antecede a estas conclusiones, dicho contrato estimatorio, tal y como se contempla en el artículo 543 ALCM, si no sufre modificaciones, recoge una definición que en nada difiere de la que se deriva de las fuentes romanas, y que posteriormente ha sido mantenida por la doctrina y por la jurisprudencia actuales. Además, la proyectada regulación resuelve definitivamente varias dudas que se remontan a su origen romano. Así, por lo que respecta a su naturaleza jurídica será un contrato de colaboración autónomo, de exclusiva naturaleza mercantil, con tipificación propia, que no encierra ninguna obligación ni alternativa ni facultativa, lo que no empece para que comparta diversos aspectos con otros contratos tipificados. Por objeto tendrá exclusivamente «bienes muebles materiales», descartando cualquier otro tipo de bienes, especialmente los bienes inmuebles. Asimismo, quedará definitivamente establecido que en todos aquellos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, *periculum*, siempre responderá el *accipiens* o consignatario. Por lo que se refiere a los actos de disposición, quedarán establecidas en el futuro Código las obligaciones del *tradens* y del *accipiens*, si bien se deja a la autonomía de la voluntad el establecer o fijar los criterios para establecer el plazo de ejecución, acordar la tasación de la mercancía, ellos mismos o por quien acuerden y, en su caso, determinar la finalización o prórroga del contrato. En definitiva, con la propuesta de regulación proyectada en el ALCM quedarán zanjados muchos de los enfrentamientos que tradicionalmente viene manteniendo la doctrina mercantilista, y que en ocasiones se han visto reflejados en las resoluciones jurisprudenciales.

IV. Mientras no se apruebe el nuevo Código mercantil, el contrato estimatorio, como señala la jurisprudencia, habrá de regirse: «en primer lugar, por las reglas que se hayan dado las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, dada su atipicidad. También se aplicarán las normas generales de los contratos mercantiles y las civiles, por la remisión

del artículo 50 del Código de Comercio, así como las propias de los contratos de compraventa, comisión o depósito, en la medida que resultan apropiadas al caso concreto. También deberán tenerse en cuenta los usos mercantiles»⁹¹.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona de 25 de abril de 1995.
- SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 19 de septiembre de 1996.
- SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 31 de marzo de 1997.
- SAP de Álava (Sección 2.^a) de 3 de junio de 1997.
- SAP de Salamanca de 29 de junio de 2001.
- SAP de Castellón (Sección 3.^a) de 5 de septiembre de 2001.
- SAP de Murcia (Sección 4.^a) de 4 de octubre de 2002.
- SAP de Vizcaya (Sección 5.^a) de 6 de noviembre de 2002.
- SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 9 de enero de 2003.
- SAP de Castellón (Sección 3.^a) de 31 de julio de 2003.
- SAP de Madrid (Sección 13.^a) de 26 de noviembre de 2003.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 7 de junio de 2004.
- SAP de Almería (Sección 1.^a) de 13 de diciembre de 2004.
- Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 9 de mayo de 2005.
- SAP de Córdoba (Sección 2.^a) de 7 de noviembre de 2005.
- SAP de A Coruña (Sección 5.^a) de 21 de diciembre de 2006.
- SAP de León (Sección 2.^a) de 1 de febrero de 2007.
- SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 18 de octubre de 2007.
- SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 30 de noviembre de 2007.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 27 de octubre de 2008.
- SAP de Zamora (Sección 1.^a) de 28 de mayo de 2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) de 8 julio de 2009.
- SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 14 de noviembre de 2013.
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 28 de septiembre de 2015.
- SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 10 de diciembre de 2015.
- SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 21 de diciembre de 2015.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 7 de octubre de 2016.
- SAP de Granada (Sección 2.^a) de 7 de marzo de 2017.
- SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 29 de junio de 2018.

Audiencia Nacional

- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 26 de octubre de 2015.

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5.^a) de 15 de enero de 1997.

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 1992.
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 15 de noviembre de 2007.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCARIAS, C. (1866). *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris: Retaux Frères, Libraires-Éditeurs.
- ALEMÁN MONTERREAL, A. (2001). Sobre el riesgo y la responsabilidad del accipiens en el aestimatum. En A. Murillo Villar (coord.). *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, Burgos: Universidad de Burgos, 61-68.
- (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid: Dykinson.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio. En Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* vol. 1, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 151-164.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1971). Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil. En AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* vol. 1. Madrid: Tecnos, 1-44.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil, Contratos mercantiles. Derechos de los títulos-valores. Derecho concursal*, 18.^a ed., vol. II. Madrid: Tecnos.
- BURDESE, A. (1994). I contratti innominati. En *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 63-91.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato estimatorio: su problemática. En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 2. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1207-1220.
- CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía. En M.^a J. Herrero García (dir.),

- La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 369-404.
- CRESPO MORA, M.^a C. (2009). Recensión al libro «Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad» de M.^a Eugenia Rodríguez Martínez. En *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 23, 603-607.
- DABAH, A.D. (2015). Contrato estimatorio. En *Pensamiento civil*, núm. 3, 271-333.
- DE MELLO, E.X. (2006). El contrato de suministro estimatorio. En *Estudios jurídicos, Universidad Católica del Uruguay*, núm. 1, 143-161.
- DE LA ROSA, P. (1978). Contribución a la interpretación de D. 19.3.1.1 en relación con D.19.5.17.1. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez*. Madrid: Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 405-413.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.^a. (2005). Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias: pago del precio o rendición de cuentas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2000). En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 81, núm. 690, 1478-1486.
- D'ORS, A. (1991). *Derecho privado romano*, 8.^a ed. revisada, Pamplona: Eunsa.
- (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. En *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires»*, marzo, núm. 51, 55-66.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2003). Los contratos de permuta y estimatorio. En *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 209-234.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio. En J.I. Ruiz Peris y J. Martí Miravalls (dirs.). *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*. Barcelona: Atelier, 289-334.
- GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*, 11.^a ed. Napoli: Jovene.
- JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada? En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 17, 1-19.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (2008). *Derecho mercantil II*. IV. Títulos-valores. V. Las sociedades mercantiles. VI. Obligaciones y contratos mercantiles y VII. Derecho de la navegación, 12.^a ed. actualizada, Barcelona: Ariel, 347 y sigs.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. Introducción y selección, Madrid: Tecnos.
- MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I): El contrato de concesión. El contrato estimatorio. El contrato de abanderamiento. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, tomo IV, (*Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 787-802.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1990). El derecho mercantil en el siglo XXI. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1197-1203.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2020). *Lecciones de derecho mercantil*, 18.^a ed, vol. II, Cizur Menor (Navarra).

- MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, M.^a A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3.^a ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 417-432.
- MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: Revista de derecho privado.
- NÓBREGA ELALI, M. (2011). Contrato estimatorio. La imprescindible necesidad de tipificación legal. Análisis de jurisprudencia. En M.^a J. Vaquero Pinto y A. Ávila de la Torre (dirs.); P. Altieri y F.E. Miranda Mendoza (coords.). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial: memoria del máster en derecho privado patrimonial 2010-2011*, (2011), Universidad de Salamanca: Ratio legis, 189-206.
- PANERO, R. (2008). *Derecho romano*, 4.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ LÓPEZ, E. (1997). Negocios fiduciarios en derecho mercantil: Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio. En *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5. Ejemplar dedicado a: *Contratos mercantiles especiales* [A. Villagómez Rodil (dir.)], 224-350.
- ROGEL VIDE, C. (coord.). (2009). *Código europeo de contratos (Academia de Pa-
via)*. Libro I: De los contratos en general. Libro II. Título I: De la compraventa. Madrid: Reus.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E. (2008). *Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de derecho mercantil*, 37.^a ed., vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- TORRENT, A. (2008). *Manual de derecho privado romano*. Madrid: Edisofer.
- URÍA, R. (2001). *Derecho mercantil*, 28.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- VAQUERO PINTO, M.^a J. (2008). El contrato estimatorio. En J. Alventosa del Río y R.M.^a Moliner Navarro (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* Vol. 2 (Volumen II). Valencia: Universitat de València, 1705-1726.

NOTAS

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1971). Notas sobre el origen histórico del derecho mercantil. En AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* vol. 1. Madrid: Tecnos, 1-44. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1990). El derecho mercantil en el siglo XXI. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1197-1203.

² BURDESE, A. (1994). I contratti innominati. En *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 63-91).

³ PANERO, R. (2008). *Derecho romano*, 4.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 650 y sigs. TORRENT, A. (2008). *Manual de derecho privado romano*. Madrid: Edisofer, 481 y sigs.

⁴ PANERO, R. *Derecho romano...*, *op. cit.*, 651 nt. 4.

⁵ En la Compilación justiniana recibió otros nombres: *actio civilis*; *actio in factum*; *actio in factum civilis*; *actio incerti*; *actio civilis incerti*; y, por supuesto, *actio praescriptis verbis*.

⁶ La duda es en qué momento de la historia de Roma se produjo esta transformación y por quién. La cuestión ha sido objeto de controversia y desborda el objeto de la investigación, *Vid.*, entre otros, MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a. (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: Revista de derecho privado. GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*, 11.^a ed., Napoli: Jovene, 975 nt. 91.3.3.

⁷ Sin embargo, para CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía. En M.^a J. Herrero García (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 371 y sigs.), la historia del contrato estimatorio es la historia de una práctica comercial singular, que a finales de la República no presentaba aún una configuración jurídica bien delimitada. En realidad, para la autora, el *aestimatum* fue una «convención singular de garantía» que se adosaba a un contrato consensual típico, habitualmente a una *locatio conductio operis*.

⁸ NÓBREGA ELALI, M. (2011). Contrato estimatorio. La imprescindible necesidad de tipificación legal. Análisis de jurisprudencia. En M.^a J. Vaquero Pinto y A. Ávila de la Torre (dirs.); P. Altieri y F.E. Miranda Mendoza (coords.). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial: memoria del máster en derecho privado patrimonial 2010-2011*, (2011), Universidad de Salamanca: Ratio legis, 202 y sigs.

⁹ ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*. Madrid: Dykinson, 23 y sigs.

¹⁰ MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 26 y sigs.; ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 21 y sigs.

¹¹ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.^a. (2005). Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias: pago del precio o rendición de cuentas. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2000). En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 81, núm. 690, 1480.

¹² Entre otros, URÍA, R. (2001). *Derecho mercantil*, 28.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 739 y sigs. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (2008). *Derecho mercantil II. IV. Títulos-valores. V. Las sociedades mercantiles. VI. Obligaciones y contratos mercantiles y VII. Derecho de la navegación*, 12.^a ed. actualizada, Barcelona: Ariel, 347 y sigs. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil, Contratos mercantiles. Derechos de los títulos-valores. Derecho concursal*, 18.^a ed., vol. II. Madrid: Tecnos, 104 y sigs. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., (2015). *Instituciones de derecho mercantil*, 37.^a ed., vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 290. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2020). *Lecciones de derecho mercantil*, 18.^a ed., vol. II, Cizur Menor (Navarra), 104 ss. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. *Introducción y selección*, Madrid: Tecnos, 11 y sigs. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio. En Á. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* vol. I (2013). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 152.

¹³ Puede verse el concepto de contrato estimatorio, entre otras resoluciones judiciales, en: SAP de Barcelona, de 25 de abril de 1995 [*AC* 1995, 919]; SAP de Asturias (Sección 1.^a), núm. 191/1997 de 31 de marzo [*AC* 1997, 561]; SAP de Murcia (Sección 4.^a), núm. 317/2002 de 4 de octubre [*JUR* 2002, 283267]; Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a), núm. 76/2005 de 9 de mayo [*JUR* 2006, 102310]; SAP de Madrid (Sección 18.^a), núm. 34/2007 de 30 de noviembre [*JUR* 2009, 164746]; SAP de Barcelona (Sección 19.^a), núm. 290/2015 de 10 de diciembre [*JUR* 2016, 97379]; La SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a), núm. 281/2016 de 7 de octubre [*JUR* 2016, 242129], precisa: «Así configurado el contrato, puede decirse que desde un punto de vista económico responde a determinados intereses de las partes, fundamentalmente el de ser un medio de financiación del minorista *accipiens* que se abastece sin necesidad de desembolsar el importe de las mercancías que recibe, obteniendo su beneficio de la diferencia entre el valor estimado y el precio de venta, mientras que al *tradens* se le permite la difusión de sus productos

aprovechando la infraestructura del *accipiens*. Desde un punto de vista jurídico se trata de un contrato que, como se ha señalado en la doctrina y la jurisprudencia, presenta analogías con el depósito, la comisión de venta y la venta sometida a condición suspensiva».

¹⁴ Por lo que respecta a la recepción del contrato estimatorio no tiene objeto ser estudiado en esta investigación su desarrollo, por cuanto poco aporta a su original regulación romana y a su plasmación en derecho moderno. No obstante, *vid.*, con importante aparato bibliográfico, MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*; ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*

¹⁵ Varias sentencias reconocen *ad litteram* el origen romano del contrato estimatorio, cuyos rasgos distintivos permanecen inalterables desde el principio: Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a), núm. 76/2005 de 9 de mayo [*JUR* 2006, 102310]; SAP de A Coruña (Sección 5.^a), núm. 556/2006 de 21 de diciembre [*JUR* 2007, 133442]; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724]; SAP de Madrid (Sección 18.^a), núm. 261/2018 de 29 de junio [*JUR* 2018, 227861].

¹⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio. En J.I. Ruiz Peris y J. Martí Miravalls (dirs.). *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*. Barcelona: Atelier, 290. (Trabajo con interesante y extenso apoyo jurisprudencial).

¹⁷ Ejemplo de absoluta validez de la celebración de un contrato estimatorio mediante un contrato verbal: SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a), núm. 437/2008 de 27 de octubre [*JUR* 2009, 49823].

¹⁸ SAP de Almería (Sección 1.^a), núm. 285/2004 de 13 de diciembre [*JUR* 2005, 56841].

¹⁹ SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 9 de enero de 2003 [*JUR* 2003, 108457]; SAP de Toledo (Sección 1.^a), núm. 276/2015 de 21 de diciembre [*JUR* 2016, 28041].

²⁰ SAP de Salamanca, núm. 330/2001 de 29 de junio [*JUR* 2001, 261042].

²¹ Se sigue la Propuesta de la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (Madrid, marzo 2018), tras el Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 837/2014 (JUSTICIA), aprobado en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015, (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>). En el Dictamen no se hace ninguna alusión al contrato estimatorio, a pesar de ser un contrato que se incluye por primera vez en la legislación mercantil española.

²² Se ha propuesto una noción más prolija, más detallada, que la de Codice civile italiano, artículo 1556 Nozione: «*Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito*». No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, en materia de derecho fiscal, concretamente en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en el artículo 75.1.3.º, II, relativo al Devengo del impuesto, se hace una referencia expresa al contrato estimatorio al disponer: «*Cuando se trate de entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos por los que una de las partes entrega a la otra bienes muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose quien los recibe a procurar su venta dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de los bienes vendidos y el resto de los no vendidos, el devengo ...*». *Vid.* DGT Consulta núm. 0539/03 de 14 de abril [JT 2003\552]; SAP de León (Sección 2.^a), núm. 1/2007 de 1 de febrero [*JUR* 2007, 138837]; Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 2038/2007 de 15 de noviembre [*JUR* 2007, 361761]; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724]. Por lo que respecta a las consecuencias fiscales tanto para el *tradens* como para el *accipiens* por la suscripción de un contrato estimatorio, en aquello relativo al impuesto sobre sociedades, impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre el valor añadido e impuesto sobre actividades económicas, *vid.* MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I): El contrato de concesión. El contrato estima-

torio. El contrato de abanderamiento. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, tomo IV, (*Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 795-801.

²³ Posibilidad que no descarta D'ORS, A. (1991). *Derecho privado romano*, 8.ª ed., revisada, Pamplona: Eunsa, § 498 nt. 3.

²⁴ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 294-306, con destacado aporte jurisprudencial contradictorio.

²⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

²⁶ SAP de Álava (Sección 2.ª), núm. 141/1997 de 3 de junio [AC 1997, 1346]; SAP de Castellón (Sección 3.ª), núm. 453/2001 de 5 de septiembre [JUR 2001, 312772]; SAP de Zamora (Sección 1.ª), núm. 130/2009 de 28 de mayo [JUR 2009, 290979]; SAP de Madrid (Sección 12.ª), núm. 846/2013 de 14 de noviembre [JUR 2014, 62841]. Para un punto de vista doctrinal, *vid.* MUÑOZ M. PLANAS, J.M.ª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 225-287. CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato estimatorio: su problemática. En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1208 y sigs.

²⁷ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.ª. (2005). Contrato estimatorio..., *op. cit.*, 1481 y sigs. Para LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 31 y sigs., el contrato estimatorio se presenta como una «cláusula estimatoria» que modaliza la función causal de dichos contratos, hasta dotarlos de rasgos propios y particulares.

²⁸ VAQUERO PINTO, M.ª J. (2008). El contrato estimatorio. En J. Alventosa del Río y R. M.ª Moliner Navarro (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* Vol. 2 (Volumen II). Valencia: Universitat de Valencia, 1712-1713.

²⁹ Calificación que la jurisprudencia viene sosteniendo de forma reiterada, *vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 292 nt. 126.

³⁰ El contrato de distribución se incluyó en el ALCM con posterioridad al Dictamen del Consejo de Estado. Dice la exposición de motivos VI-78 que: «*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las figuras de los contratos de distribución, muy extendidos en la práctica, que tienen su origen en las modernas técnicas de comercialización de bienes y servicios*». ...«*La regulación de los contratos de distribución contiene una normativa básica sobre la conclusión, contenido y terminación del contrato que tiene un carácter meramente dispositivo. De especial relevancia a este respecto, es la regulación del derecho a una indemnización por el aprovechamiento por parte del proveedor de la clientela lograda por el distribuidor a lo largo de la vida del contrato, la cual solamente se aplicará en defecto de pacto expreso en contrario*». Sobre el problema de los contratos de distribución, junto con los cada vez más frecuentes contratos híbridos, que recurren a la organización de las redes de distribución integrada articulando un régimen estimatorio para regular el suministro, *vid.* JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada? En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 17, 10 ss. Ciertamente, un contrato estimatorio no es en sí mismo un contrato de distribución en sentido estricto, lo que no obsta para que pueda desempeñar un importante papel en la distribución de aquellos productos que pueda tener por objeto y que pasan física y jurídicamente de los productores a los consumidores. DE MELLO, E. X. (2006). El contrato de suministro estimatorio. En *Estudios jurídicos. Universidad Católica del Uruguay*, núm. 1, 145 y, especialmente, 152 y sigs.

³¹ En la Propuesta de Código mercantil (2013) a los contratos de distribución se dedicaba dentro del título IV, el capítulo III, artículos 543.1-3, incluyéndolos dentro del bloque de contratos de colaboración; posteriormente, en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil (2014) desaparecieron, pero se recuperaron nuevamente en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil (2018), elaborado tras el Dictamen del Consejo de Estado (2015), que, haciéndose eco de las críticas, los consideró esenciales en el actual tráfico mercantil, lo que motivó su recuperación en el título IV *De los contratos de colaboración*.

³² Con una regulación similar se encuentra en el Código de Comercio de Colombia, Del contrato de consignación o estimatorio, artículos 1377 a 1381; también en el Código de Comercio de Honduras, Del contrato estimatorio, artículo 826, y en el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, De la Consignación Mercantil, artículos 392 a 394.

³³ ROGEL VIDE, C. (coord.). (2009). *Código europeo de contratos (Academia de Pavía)*. Libro I: De los contratos en general. Libro II. Título I: De la compraventa. Madrid: Reus, 128.

³⁴ SAP de Madrid (Sección 14.^a), núm. 300/2015 de 28 de septiembre [JUR 2015, 300519].

³⁵ En relación con los usos mercantiles en el ámbito de los libreros, que fueron recopilados en 1956 por el Instituto Nacional del Libro, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, E. (1997). Negocios fiduciarios en derecho mercantil: Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio. En *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5. Ejemplar dedicado a: *Contratos mercantiles especiales* [A. Villagómez Rodil (dir.)], 333-335.

³⁶ SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a), núm. 231/2004 de 7 de junio [JUR 2004, 204480]; SAP de Castellón (Sección 3.^a), núm. 225/2003 de 31 de julio [JUR 2003, 235455].

³⁷ SAP de Córdoba (Sección 2.^a), núm. 233/2005 de 7 de noviembre [JUR 2006, 143462].

³⁸ SAP de Barcelona (Sección 19.^a), núm. 290/2015 de 10 de diciembre [JUR 2016, 97379].

³⁹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5.^a), de 15 de enero de 1997 [AS 1997, 78].

⁴⁰ SAP de Granada (Sección 2.^a), núm. 110/2017 de 7 de marzo [JUR 2017, 132056].

⁴¹ SAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 19 de septiembre de 1996 [AC 1996, 1741].

⁴² BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 155. GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 312, considera que los bienes inmuebles no encajan con los principios configuradores del contrato.

⁴³ SAP de Vizcaya (Sección 5.^a), núm. 451/2002 de 6 de noviembre [JUR 2003, 105763]; SAP de Madrid (Sección 18.^a), núm. 261/2018 de 29 de junio [JUR 2018, 227861].

⁴⁴ *Vid.* DABAH, A. D. (2015). Contrato estimatorio. En *Pensamiento civil*, núm. 3, 271-333.

⁴⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 313.

⁴⁶ MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 311 y sigs.

⁴⁷ MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I)..., *op. cit.*, 790.

⁴⁸ D.14,3,5,4 (*Ulp. 28 ad ed.*)

⁴⁹ ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 44.

⁵⁰ I.4,6,28.- *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.*

[Hay acciones de buena fe y otras de derecho estricto. Las de buena fe son: la de compra, de venta, de arrendamiento, de gestión de negocios, de mandato, de depósito, de sociedad, de tutela, de comodato, de prenda, de partición de herencia, de división de cosa común, de *praescriptis verbis*, la que se da por lo estimado, la que compete por permuta, y la de petición de herencia].

⁵¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2003). Los contratos de permuta y estimatorio. En *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 230.

⁵² SAP de Madrid (Sección 13.^a), núm. 99/2003 de 26 de noviembre [JUR 2004, 252407].

⁵³ MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I)..., *op. cit.*, 791.

⁵⁴ MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, M.^a A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3.^a ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 418.

⁵⁵ Esta sorprendente y rotunda aseveración, quizás, obedezca a la permanente fricción que existe en determinados campos del ordenamiento jurídico entre civilistas y mercantilistas; sirva de ejemplo, la sustitución de la expresión «operador del mercado» por la de «empresario», según se observa en el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2015, al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Por ello, no debe sorprendernos que en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavia), realizado básicamente por civilistas, en su Libro II, artículo 214 se recoja el contrato estimatorio como contrato afín a la compraventa, como un tipo particular de compraventa.

⁵⁶ ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, op. cit., 9.

⁵⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., op. cit., 153.

⁵⁸ Las personas que se dedicaban a esta actividad en Roma se llamaban *circitores* (vendedores ambulantes). Eran comerciantes que iban de un lugar a otro mostrando las mercancías que les habían sido confiadas para su venta, tratando de obtener un beneficio con el precio que superase a la *aestimatio*. Es una información que también nos facilita Ulpiano, D.14,3,5,4 (Ulp. 28 ad ed.).- *Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam et distrahendam, quos vulgo circitores appellamus*. Según ACCARIAS, C. (1866). *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris: Retaux Frères, Libraires-Éditeurs, 281, el beneficio sobre la *aestimatio* era una manera de pagarle por su actividad y por el resultado de sus negocios.

⁵⁹ El Dictamen del Consejo de Estado (29 de enero de 2015) al ALCM, en varios apartados del mismo, y muy especialmente en los dedicados a las obligaciones y contratos mercantiles, postula una mejora en la delimitación de la figura del «operador del mercado», pues entiende que en su concepto se extiende, desmedidamente, el ámbito de la legislación mercantil, que pasaría a aplicarse a ámbitos y relaciones en los que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles. Por ello, en sus Consideraciones finales, (337), 4. Derecho mercantil y Derecho civil, literalmente consta: «*En muchas ocasiones a lo largo del presente dictamen se ha llamado la atención sobre la desmedida expansión del Derecho mercantil, a costa del Derecho civil, que el texto sometido a consulta supondría y que es ineludible corregir. Sobre ello se ha insistido, en particular, en dos momentos: al examinar el ámbito de aplicación del Código proyectado y en sede de contratación. Así, por una parte, se ha subrayado la extensión exagerada de la legislación mercantil que deriva, no solo del amplio concepto de «operador del mercado» que el Código toma como punto de partida, sino también del hecho de que su mera presencia determine el carácter mercantil del acto o relación de que se trate. Por otra parte, en sede de contratación, se ha advertido, desde otra perspectiva —independiente y distinta de la definición del ámbito que recogen los artículos liminares del Anteproyecto—, sobre la necesaria contención de las normas mercantiles, a fin de que no invadan el ámbito propio del Derecho civil, de forma que el Código civil continúe siendo el marco legal en el que se establezca la regulación general común de las obligaciones y de la contratación privada, mientras que el Código Mercantil debe limitarse a precisar las concretas reglas en que se considere que el tratamiento mercantil ha de ser diferente del establecido con carácter general en el Derecho civil (sin perjuicio de las remisiones específicas que puedan estimarse procedentes)*».

⁶⁰ El ALCM ha creado la categoría contractual de «*Contratos de colaboración*». En el apartado VI-74 de la exposición de motivos, se indica que «*Bajo esta rúbrica, se engloban seis diferentes modalidades contractuales: los contratos de comisión, agencia, mediación, estimatorio, distribución y participación que presentan, como característica fundamental, tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven del auxilio de los otros para poder*

realizar de manera más eficiente determinados negocios». Están regulados en el título IV, De los contratos de colaboración, artículo 541 a 546.

⁶¹ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), núm. 242/2009 de 8 de julio [JUR 2009, 439363].

⁶² SAP de Madrid (Sección 18.ª), núm. 34/2007 de 30 de noviembre [JUR 2009, 164746].

⁶³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 156.

⁶⁴ Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 45 y sigs.

⁶⁵ No obstante, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E. (2008). *Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, que trata de demostrar que el contrato estimatorio en ocasiones puede aparecer desvinculado de la actividad mercantil, para lo cual centra todos sus esfuerzos en lo que constituye el eje de su obra: la transmisión de la propiedad en el contrato estimatorio, tema al que apenas ha dedicado atención la doctrina civilista. Interesante resumen del libro en: CRÉSPO MORA, M.ª C. (2009). Recensión al libro «Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad» de M.ª Eugenia Rodríguez Martínez. En *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 23, 603-607.

⁶⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 317 y sigs.

⁶⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato..., *op. cit.*, 1210.

⁶⁸ JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio...?, *op. cit.*, 4.

⁶⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 157.

⁷⁰ Así opina ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 58 y 100, para quien la obligación fundamental del *accipiens* es el pago de la *aestimatio*, pero tiene la posibilidad en caso de que no hubiese sido efectuada la venta de restituir la cosa objeto del *aestimatum*.

⁷¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

⁷² SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724].

⁷³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *ibidem*.

⁷⁴ Se trata de una reproducción literal, que podría haberse aprovechado para mejorarla, del artículo 1558 del Codice Civile italiano: «*Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo. Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite*».

⁷⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 320.

⁷⁶ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724].

⁷⁷ MUÑOZ M. PLANAS, J.M.ª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 53-69.

⁷⁸ D.19,3,1,1.- *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

⁷⁹ D.19,5,17,1.- *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

⁸⁰ D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. En *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires»*, marzo, núm. 51, 60-61.

⁸¹ Puede verse, con importante aparato bibliográfico, DE LA ROSA, P. (1978). Contribución a la interpretación de D.19.3.1.1 en relación con D.19.5.17.1. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez*. Madrid: Seminario de Derecho

Romano, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 405-413. También, con su correspondiente bibliografía, ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 62-74, y ALEMÁN MONTERREAL, A. (2001). Sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatium*. En A. Murillo Villar (coord.). *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, Burgos: Universidad de Burgos, 61-68). CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio... *op. cit.*, 386 y sigs.

⁸² Texto genuino para D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato..., *op. cit.*, 55.

⁸³ *PS. 2,4,4.- Si rem aestimatam tibi dederō, ut ea distracta pretium ad me referres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo perit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit.* [Si yo te diera una cosa estimada (valorada), para que fuera vendida, y me entregases el precio, y esta perece, si en verdad fui yo quien te lo pedí, perece bajo mi riesgo; pero si tu prometiste venderla, perece bajo tu riesgo]. Sobre la vulgarización del derecho clásico que consta en PS.2,4,4 como residuo vulgar de D.19,5,17,1, *vid.* D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato..., *op. cit.*, 58-61.

⁸⁴ MUÑOZ M. PLANAS, J.M.^a. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 342-355.

⁸⁵ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil*, *op. cit.*, 104 y sigs.

⁸⁶ *Vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 321-327.

⁸⁷ Entre otras, STS (Sala de lo Civil), de 17 de enero de 1992 [*RJ* 1992, 186]; SAP de Barcelona, de 25 de abril de 1995 [*AC* 1995, 919]; SAP de Barcelona (Sección 16.^a), núm. 511/2007 de 18 de octubre [*JUR* 2008, 12335]; SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a), núm. 281/2016 de 7 de octubre, [*JUR* 2016, 242129].

⁸⁸ CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato..., *op. cit.*, 1217.

⁸⁹ La presente disposición tiene una evidente influencia del derecho italiano: artículo 1557 Codice Civile italiano. *Impossibilità di restituzione*: «*Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile*». Curiosamente, el Código civil italiano intitula el artículo 1557 «*Impossibilità di restituzione*» mientras que el artículo 543-2 del ALCM español lo intitula «*Pago del precio*», de donde se infiere que el código italiano hace hincapié en la «causa» y el anteproyecto español en el «efecto».

⁹⁰ Ciertamente, para la modalidad de *Contrato estimatorio*, prevista en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavia), como «*Compraventa con facultad de restitución de los bienes vendidos*», se establece en su artículo 214.2, que: «*Si los bienes entregados, o algunos de ellos, son destruidos, dañados o vienen sustraídos al comprador, incluso por causa que no le es imputable, este debe pagar el precio al vendedor*. De esta propuesta se infiere que el *tradens*, vendedor, aún no ha recibido el precio estipulado, pero lo tiene garantizado porque será el comprador, *accipiens*, quien asuma el riesgo, como si de una compraventa normal se tratara.

⁹¹ SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a), núm. 231/2004 de 7 de junio [*JUR* 2004, 204480].

*Trabajo recibido el 8-7-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

Instrumentos jurídico-financieros de fomento al ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad¹

Legal financial instruments to promote savings for the access to owned housing

por

MARIDALIA RODRÍGUEZ-PADILLA

*Investigadora Post-doctoral de la Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili (URV)*

RESUMEN: Este trabajo propone algunas reflexiones sobre la tradicional fórmula financiera de ahorro y crédito hipotecario aplicada para lograr el acceso a la vivienda en propiedad e invita a explorar distintos instrumentos jurídico-financieros de Derecho comparado y autonómico con los que también puede lograrse el dominio de la propiedad e incluso con valores añadidos. A pesar de que el acceso a la vivienda es posible por distintas vías, es una realidad que en España la vivienda en propiedad se ha convertido en la forma de acceso predominante, bien sea por la promoción activa de políticas públicas enfocadas en esta forma de tenencia o por el propio anhelo de las familias. No obstante, la vivienda es un bien costoso, por lo que para su adquisición se requiere un importante ahorro y en la gran mayoría de los casos financiación hipotecaria. De manera que, la falta de ahorros impide la vivienda en propiedad, adentrándonos, por tales motivos, a revisar distintos programas e instrumentos legales de incentivo al ahorro

como las cuentas de ahorro programado, los contratos de arrendamiento con opción de compra, el *leasing* de vivienda, la propiedad compartida y la propiedad temporal con la finalidad de destacar sus beneficios como figuras para facilitar el acceso a la vivienda en propiedad siguiendo un esquema de crédito responsable y alejados del sobreendeudamiento familiar. En las conclusiones proponemos algunas recomendaciones.

ABSTRACT: This work suggests some reflections about the traditional financial formula of savings and credit aimed to get access to home ownership and invites to explore different legal-financial instruments of comparative and domestic law through which the property can also be acquired, and even with an added value. Although it is possible to get access to housing through different options, in Spain, in fact, property-owned housing has become the predominant form of access, either by active promotion of public policies focused on this form of tenancy or by families' own decision. Housing is an expensive asset, so its acquisition requires significant savings and in the vast majority of cases mortgage financing. However, the lack of savings becomes an obstacle on the way to homeownership and for this reason, is necessary to seek different savings incentive programs and legal instruments such as programmed savings accounts, leasing to purchase, home leasing, shared ownership and temporary ownership in order to highlight their benefits as options aimed to facilitate access to owned property following a responsible credit scheme and avoiding family over-indebtedness. In conclusions, we suggest some recommendations.

PALABRAS CLAVES: Ahorro previo. Vivienda en propiedad. Cuentas de ahorro programado. Contrato de arrendamiento con opción de compra. *Leasing* de vivienda. Tenencias intermedias. Propiedad compartida. Propiedad temporal.

KEY WORDS: *Previous savings. Homeownership. Programmed savings accounts. Leasing to purchase. Housing leasing. Intermediate tenures. Shared ownership. Temporary ownership.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL AHORRO PARA LA VIVIENDA: UNA CUESTIÓN DE INCENTIVO: 1. LA CUENTA DE AHORRO PROGRAMADO COMO INSTRUMENTO GENERADOR DE RECURSOS PARA EL ACCESO A LA VIVIENDA: A) *Cuentas dominicanas de ahorro programado para la adquisición de viviendas.* B) *Cuentas colombianas y contratos de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación.* C) *Las antiguas cuentas ahorro vivienda en España.* 2. DIFERENCIAS ENTRE

LAS CUENTAS PROGRAMADAS PARA LA VIVIENDA LATINOAMERICANAS Y LAS ANTIGUAS CUENTAS AHORRO VIVIENDA ESPAÑOLAS. —III. INSTRUMENTOS LEGALES PARA EL ACCESO A LA VIVIENDA EN PROPIEDAD DE MANERA GRADUAL: UNA ALTERNATIVA PARA EL AHORRO Y LA FINANCIACIÓN: 1. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA. 2. EL *LEASING* HABITACIONAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA. 3. LAS ALTERNATIVAS CATALANAS: LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y LA PROPIEDAD TEMPORAL.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la vivienda digna, de acuerdo con el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es un derecho esencial para el desarrollo pleno del ser humano en sociedad, y parte del conjunto primario de los derechos que deben ser asegurados a todo ser humano de manera fundamental. La Constitución española reconoce, en su artículo 47, la esencialidad de la vivienda al establecer que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». Es preciso destacar que, este reconocimiento no implica necesariamente la propiedad de la misma, pues una vivienda digna y adecuada debería poder disfrutarse en una amplitud de formas de tenencia (GALIANA SAURA, 2018, 42, SIMÓN MORENO, 2018, 64). Sin embargo, tampoco podemos ignorar que la vivienda en propiedad es la aspiración más importante y el bien máspreciado de la mayoría de las familias españolas (NASARRE AZNAR, 2020, 85).

De continuar analizando el mencionado precepto constitucional, encontraremos que la efectividad del acceso a la vivienda digna y adecuada, recae sobre los poderes públicos (PISARELLO, 2013, 140). La Administración debe promover las condiciones necesarias para el acceso a la vivienda, de manera mucho más profunda que las dictadas políticas de vivienda orientadas a la propiedad (NASARRE AZNAR, 2017, 51; DE LOS RÍOS, 2008, 127). Una práctica a la que han recurrido la mayoría de los gobiernos, a nivel mundial, fundamentados en la estabilidad económica y social que supone la propiedad frente a cualquier otra forma de acceso a la vivienda (ESCALLÓN GARTNER, 2010, 36). La mencionada estrategia, junto a las propias condiciones del mercado y falta de alternativas efectivas (ECHAVES GARCÍA, 2017, 148), han convertido la tenencia en propiedad en la más pretendida frente a otros tipos de tenencia, lo que se evidencia a nivel europeo con el 70% de hogares propietarios². Un escenario que en España supone un 78% de hogares propietarios (DIZY MENÉNDEZ, 2018, 178-179), forma de tenencia alcanzada principalmente con el respaldo de

créditos hipotecarios (JIMÉNEZ ALEMÁN, 2020, 142) y completado con el ahorro familiar.

En ese sentido, el ahorro, que es esencial para el estado de bienestar, debe contemplarse como un elemento fundamental para el acceso a una vivienda en propiedad. En el caso de España, el ahorro voluntario va en descenso desde el periodo 2013-2015 en el que se empezaba a recuperar de los efectos del *boom* inmobiliario (LÓPEZ, MARÍN y ONRUBIA, 2018, 307). Lo anterior se debe a que a partir del año 2015 el consumo en España empezó a ir en aumento (CARRERAS BAQUER, 2019, 21), y a pesar de la mejora de los ingresos, los hogares preferían gastar más de lo que recibían amparados en el crédito al consumo (NASARRE AZNAR, 2020, 424). Es tanto así que, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante INE) en el conjunto del año 2018 los hogares españoles registraron una tasa de ahorro del 4,9% de su renta disponible³, lo que en 2017 fue de 5,5%, en 2016 de 7,8% y en 2015 de 8,7%, constituyéndose en 2018 uno de los porcentajes de ahorro más bajos a nivel histórico⁴ que comprueba una eminente necesidad de estímulo al ahorro, mucho más profunda que los incentivos meramente fiscales aplicados hasta la fecha.

El problema de la falta de ahorro en España también se debe como señala NIETO LOBO (2012, 28) a la antigua concepción de la sociedad española de que el ahorro era un estilo de vida anticuado, muy conservador y poco arriesgado. Una percepción que empezó a cambiar con los efectos de la crisis inmobiliaria, y tras haberse acentuado los aspectos positivos de esta actitud financiera. Sin embargo, la posibilidad de ahorrar para los españoles dependerá en gran medida del nivel de renta y riqueza o desempleo y crédito, variables que a su vez dependen de cada ciclo económico (ANDRÉS MOSQUERA, 2017, 321-322). Un hábito que debería fomentarse tras el endurecimiento de las condiciones crediticias aplicadas por los bancos españoles producto de los efectos de la crisis económica-sanitaria del Covid-19 (MENÉNDEZ PUJADA, 2020, 5-7), pues el ahorro representa un cambio positivo en el patrimonio del hogar que permite responder a las necesidades o previsiones del futuro.

El ahorro es un capital que se logra, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁵, del ingreso neto disponible de los hogares, menos el consumo. Es la parte de la renta percibida por los hogares que no se gasta en bienes y servicios y que podría interpretarse de forma llana como un sacrificio del consumo presente para atender a las necesidades o consumos del futuro, generalmente destinado a un propósito en concreto (ROJAS LÓPEZ, 2018, 76). Una práctica financiera con capacidad de liberar del endeudamiento frente a terceros o cuanto menos de aligerar las pesadas cargas de futuros créditos.

Se puede considerar el ahorro como el indicador clave de la solidez económica familiar que facilita «el consumo estable, financia la inversión y permite la acumulación de riqueza» (ANDRÉS MOSQUERA, 2017, 294). El ahorro es una reserva de capital que permite alcanzar las más altas aspiraciones del hogar, como, por ejemplo, la vivienda en propiedad. No obstante, a pesar de haber mejorado la concepción del ahorro en España, la baja capacidad económica y la débil formación financiera que tiene la población, especialmente la más joven, limita su disposición al ahorro, una problemática común en muchos Estados (FERNÁNDEZ, VIVEL, REY y SIXTO, 2020, 30 y 41). Una situación que afecta tanto la oferta como la demanda de la vivienda habitual, y que, sin duda, puede empeorar con el impacto económico del Covid-19 (ÁLVAREZ *et al*, 2020, 8).

De acuerdo con ÁLVAREZ (2020, 20) en España, concretamente, la baja capacidad de ahorro de los jóvenes y hogares económico-vulnerables obstaculiza el acceso a la vivienda en propiedad. Una situación que afecta de manera muy directa a la generación nacida a partir de los años 80, los que deben permanecer mucho más tiempo en régimen de alquiler ordinario que las generaciones anteriores y a la que, por ende, le resulta mucho más complejo acceder a una vivienda en propiedad. De acuerdo con FERNÁNDEZ, VIVEL, REY y SIXTO, (2020, 36) a la débil disposición de ahorro de los *millennials* se suma su alta tendencia al endeudamiento, pues esta generación supera en un 12,55% en este concepto a otras generaciones, aunque con créditos de menores cuantías (estudios, imprevistos, vacaciones). Por otra parte, los referidos autores señalan que, a pesar de estos obstáculos alrededor de un 20,25% de los *millennials* logran completar ahorros de tipo largo plazo, cuyo propósito principal es la compra de una vivienda, aunque les supondría un largo tiempo alcanzar este propósito debido a los ínfimos importes que pueden destinar a esta finalidad⁶.

En busca de paliar esta situación los distintos estados afectados han aplicado diferentes mecanismos de incentivo al ahorro, dentro de los cuales destaca el ahorro programado para la vivienda, donde se retiene una parte del ingreso familiar para en un futuro cubrir su necesidad de vivienda. Un sistema parecido a las cotizaciones a la Seguridad Social, pero para la vivienda, que se auxilia de una retención automática que genera un ahorro coercitivo que, como explicaba FRIEDMAN, aunque aplicado al Estado, evita que se gaste todo lo que se recibe al reducir la renta (FERRERO MUÑOZ, 2002, 198). En ese mismo sentido, también destacan instrumentos legales relativamente novedosos como el contrato de arrendamiento con opción de compra (para el que se puede estipular una prima tipo ahorro), el *leasing* habitacional, e incluso, dentro del Código civil catalán la propiedad compartida y la propiedad temporal que permiten el goce del inmueble pretendido en propiedad al mismo tiempo que se ahorra, directa o indirectamente, para su compra.

El desarrollo de nuevas estructuras jurídico-financieras que fomenten el ahorro resulta lógico, pues este es fundamental para que las nuevas generaciones puedan completar aspiraciones como la vivienda en propiedad. Lo que se puede lograr a través de distintos instrumentos jurídicos, financieros o tributarios, siempre que vayan acompañados de un buen desarrollo de la cultura financiera. Este último punto en España se pretende alcanzar a través del Plan de Educación Financiera 2018-2021⁷ que promueve la cultura financiera de los ciudadanos siguiendo las recomendaciones y estrategias definidas por la OCDE/INFE (*International Network for financial Education*). Una iniciativa a la que de sumársele instrumentos como los que en este trabajo se revisan, podría aportar importantes beneficios como: seguridad económica, inclusión financiera y acceso al crédito hipotecario a través de estructuras de sano endeudamiento y viables para el acceso a la vivienda en propiedad.

De lo anterior se extrae que, el objetivo del presente artículo sea crear conciencia de la necesidad de promover e incentivar la cultura del ahorro, así como señalar posibles soluciones a explorar para acceder a la vivienda en propiedad ante la falta de ahorros. Pretendemos demostrar que además de los comunes instrumentos de ahorro, como el depósito a plazo y la cuenta libreta de ahorro, existen otros instrumentos no solo financieros, sino también jurídicos que pueden traducirse en ahorro para la vivienda y que son verdaderos facilitadores de la propiedad.

II. EL AHORRO PARA LA VIVIENDA: UNA CUESTIÓN DE INCENTIVO

Tal y como hemos señalado, hasta la fecha continúa siendo una de las principales expectativas de la sociedad lograr la garantía del acceso a una vivienda digna. A su vez, para las familias la adquisición de una vivienda en propiedad es una de sus principales aspiraciones e inversión más importante (DIZY MENÉNDEZ, 2018, 149; NASARRE AZNAR, 2020, 85). Sin embargo, el encarecimiento de las unidades habitacionales, su excesiva carga fiscal (RIVAS NIETO, 2017, 174), la exclusión financiera (TELLO I ROBIERA, 2012, 208), la precariedad laboral y/o bajos salarios de la población, la débil capacidad de ahorros de los grupos de menores ingresos (ÁLVAREZ *et al*, 2020, 46-47), la carencia de políticas de vivienda diversificadas y la falta de proyectos de vivienda social han convertido el acceso a la vivienda en un problema social agudo tanto en países empobrecidos como desarrollados (ARRIAGADA LUCO, 2003, 9-10). Una situación que, sin duda, afecta con mucho más peso al sector de la población carente de ingresos suficientes (SEMPERE FAUS, S., 2019, 207) que pretende una vivienda en propiedad, como los jóvenes *millennials* y las familias económicamente vulnerables.

Uno de los principales problemas que impide a los mencionados grupos socioeconómicos el acceso a la propiedad de la vivienda es su alto precio. El costo de la vivienda suele superar los ingresos de los demandantes, de manera que su adquisición resulta posible, generalmente, mediante la combinación del ahorro previo y el crédito hipotecario a largo plazo, difiriendo en el tiempo la presión que dicho coste ejerce sobre el ingreso familiar (GONZALES ARRIETA, 2005, 117). Una fórmula a la que, para determinados grupos socioeconómicos incapacitados para acceder al mercado libre, se le adiciona algún tipo de subsidio público con el fin de complementar su capacidad adquisitiva (DIZY MENÉNDEZ, 2018, 161). De esta manera encontramos, principalmente, dos fórmulas de acceso a la vivienda en propiedad: una netamente privada (ahorro previo y crédito hipotecario) y otra con participación pública (ahorro, subsidio y crédito), siendo el ahorro esencial y el crédito hipotecario determinante (CAMPOS ECHAVARRÍA, 2008, 88-89) en ambas opciones.

Ahora bien, cabe plantearnos ¿qué tan accesibles y posibles son el ahorro y el crédito para el conjunto de la sociedad? ¿existe una verdadera cultura de ahorro acompañada de incentivos efectivos que garanticen la reunión del capital necesario para el acceso a la vivienda en propiedad? ¿qué podemos hacer para lograr un mayor alcance de las fórmulas aplicadas para el acceso a la vivienda en propiedad? Lo cierto es que el acceso al crédito hipotecario suele suponer para el futuro prestatario el cumplimiento de unos estándares mínimos, como disponer de un buen historial de crédito o solvencia, unos ingresos formales mínimos, la demostración de una determinada capacidad de pago, así como la disposición líquida de un porcentaje del valor de la vivienda (generalmente 20%), pues la financiación hipotecaria en la actualidad solo suele cubrir una parte del costo total de la vivienda (generalmente 80%), a diferencia de los años en que se generó la burbuja inmobiliaria, cuando los porcentajes de financiación llegaron a superar hasta el 100% (BOVER, TORRADO y VILLANUEVA, 2019, 8)⁸.

El mencionado método de financiación para la vivienda, aunque basado en la necesidad de promover un crédito sano, o de completar una evaluación responsable del deudor (PARRA LUCÁN, 2015, 176) se considera insuficiente, pues no logra atender las aspiraciones de vivienda en propiedad de aquellos con recursos limitados y sin capacidad de ahorro (NASARRE AZNAR, 2020, 451). Tanto que, lo anterior supone, especialmente para la generación más joven y de ingresos bajos, un reenvío directo hacia otras formas de tenencia de la vivienda como el alquiler ordinario (ÁLVAREZ *et al*, 2020, 45) alejándoles cada vez más de la posibilidad de ser propietarios. En este sentido, NASARRE AZNAR destaca que, la fórmula de acceso a la vivienda en propiedad que promueve como máximo una financiación del 80% de la ratio préstamo-valor (LTV, por sus siglas en inglés *Loan To Value*)

del inmueble debe entenderse correcta, aunque esto implique una exclusión directa o postergación de la vivienda en propiedad de los que no dispongan de ahorros previos (el restante 20%) que comprometan a la adquisición de la vivienda. Ahora bien, el referido autor señala que, también deben fomentarse otras opciones efectivas de acceso a la vivienda en propiedad como las denominadas «tenencias intermedias» consideradas como alternativas entre la compra y el alquiler (2020, 90-91, 517-520) especialmente para aquellos que aún no puedan acceder a la vivienda en propiedad bajo el sistema tradicional.

Este ligero bloqueo del acceso al crédito hipotecario es razonable dada la experiencia de la más reciente crisis inmobiliaria iniciada en 2007. Por medio de esta se comprobó que la relajación excesiva del crédito y el endeudamiento por encima de la capacidad de pago de las familias puede arrojar consecuencias muy negativas como: altas tasas de morosidad, desahucios y lanzamientos masivos, burbuja inmobiliaria, especulación, colapso financiero, empobrecimiento de los hogares, etc.⁹. Precisamente por estas razones, así como con la finalidad de evitar una nueva crisis inmobiliaria y en protección del Derecho a la vivienda y del consumidor hipotecario, la Unión Europea ordenó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de febrero de 2014 (en adelante Directiva 2014/17/UE)¹⁰.

La mencionada Directiva 2014/17/UE fue el mandato que configuró el marco normativo común para los estados miembros de la UE, aplicable sobre la regulación de los contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial. Lo que en España ha suscitado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, Ley 5/2019)¹¹. Una norma que, entre tanto, procura garantizar una mejor información sobre los productos hipotecarios, una correcta evaluación de la capacidad de endeudamiento de los futuros prestatarios y una adecuada conducta de la banca, con la finalidad de atender la asimetría entre las partes contratantes.

Sin duda, es necesario comprender la envergadura de los créditos hipotecarios, especialmente cuando se refieren a inmuebles de uso residencial, así como los efectos de la completa financiación de la vivienda (préstamos al 100%), al menos siguiendo las antiguas fórmulas, pero ¿qué medidas se están aplicando para aquellos que no disponen de ahorros? Como hemos referido en líneas anteriores, el ahorro en España ha tenido muchos altibajos y aunque de acuerdo con el INE las familias demostraron el pasado año 2019 una mejora de su capacidad de financiación, tras haber gastado menos de lo ingresado, situando la tasa de ahorro en el 7,4% de su renta disponible¹², lo que representa un considerable aumento en relación con el año 2018, se trata de un comportamiento que, aunque positivo, aún no

podría celebrarse debido a los posibles efectos económicos negativos del Covid-19.

España mantiene una tasa de ahorro a la baja que se debe, entre otros factores, a la tendencia de la población de llevar un gasto o consumo por encima de sus ingresos. Lo anterior se agudiza, además, con el aumento de la financiación personal o de consumo que permite al deudor disfrutar de ingresos de los que aún no dispone (NASARRE AZNAR, 2020, 424). Esto también explica el porqué la tasa de ahorro española es muy baja, en comparación con la media europea¹³ que ronda un 12,5%, y frente a países como Alemania (18%), Países Bajos (16%), Eslovenia (15%) y Francia (14%) con tasas superiores a la media de la zona euro (DEL RÍO y CUENCA, 2019, 7). Un problema que persiste desde el *boom* inmobiliario y que afecta directamente al acceso a la vivienda en propiedad. El referido comportamiento nos lleva a colegir que de seguirse únicamente las dos fórmulas financieras señaladas (ahorro previo y crédito hipotecario, o ahorro, subsidio público y crédito) solo se podrá atender una parte de la demanda de esta forma de tenencia, pues son muchos los que se encuentran en medio de estos extremos (muy pobres para el sector privado y muy ricos para el sector público), y por tanto no podrán acceder a una vivienda propia con ninguna de estas fórmulas.

En este sentido, entendemos que para solucionar la falta de ahorro hace falta explorar y/o en su caso explotar con mucha más intensidad diferentes instrumentos jurídicos-financieros con capacidad de aliviar la presión y dilatación que supone la reunión de un importante capital para la adquisición de una vivienda y su consecuente crédito hipotecario. Por ejemplo, programas de incentivo al ahorro para la adquisición de la vivienda como las cuentas programadas, o diferentes mecanismos de financiación que aún sin romper con los estándares de crédito sano permiten el disfrute de la vivienda que se pretende adquirir al mismo tiempo que se ahorra para su compra.

Por otra parte, las políticas públicas de vivienda deberían atender también la preparación para el acceso a la vivienda, promover medios efectivos que garanticen ese anhelo de las familias, y una forma es poder crear fondos de ahorros progresivos que incluso puedan vincularse a las multitenencias para la adquisición definitiva de la vivienda. En España, la débil capacidad de ahorro, producto de las condiciones laborales y el estilo de vida de la nueva generación (FERNÁNDEZ, VIVEL, REY y SIXTO, 2020, 29), invita a tomar medidas que permitan crear una verdadera cultura de ahorro. Para lo que se requieren incentivos al ahorro, que posteriormente permitan la independencia económica de los jóvenes y con esta su emancipación residencial que cada vez llega más tarde, 29,5 años con relación a la media europea de 26,2 años¹⁴ (ARISTEGUI FRADUA y SILVESTRE CABRERA, 2020, 81). En España, de acuerdo con los datos del INE, para el año 2019 el 52,8%

de los jóvenes entre 25 y 29 años vivían con sus padres¹⁵, una situación que se debe en gran medida a los bajos niveles de renta que les imposibilita acceder a una vivienda en cualquiera de los regímenes comunes de tenencia: propiedad o alquiler (ECHAVES GARCÍA, 2017, 149).

Hay quienes, además, destacan la posibilidad de ligar el ahorro previo a subsidios habitacionales y posterior acceso al crédito hipotecario dado el estímulo que supone la delimitación de un objetivo claro y un premio duradero en el tiempo (SZALACHMAN, 2003, 56). Concretamente SZALACHMAN destacó que los subsidios al ahorro pueden otorgarse directamente a las financieras aplicándolos a los costos administrativos del producto, aclarando que el estímulo al ahorro privado, puede suponer la disminución del ahorro público. Además, que el iniciativo al ahorro no es una variable únicamente económica, pues en esta influyen también factores culturales y hábitos cotidianos que bien pueden mejorarse por medio de campañas de educación financiera (2003, 57). En este contexto, el restablecimiento de la cultura del ahorro es de suma importancia ante una sociedad cada vez más envuelta en el consumismo y en los «minicréditos» para la adquisición de objetos o servicios no siempre esenciales que la alejan de sus verdaderos objetivos o necesidades, tal como lo es esencialmente el acceso a la vivienda.

Asimismo, es necesario por un lado aumentar el parque de vivienda social en sus distintas formas de tenencia, pues actualmente en España este no supera el 2% del parque habitacional (LAMBEA LLOP, 2018, 405), y por otro poner a disposición de los demandantes de vivienda instrumentos variados que incentiven el desarrollo de otros regímenes de tenencia (RODRÍGUEZ ALONSO, 2009, 167). Algunos ejemplos de lo propuesto podrían ser: los contratos de arrendamiento con opción de compra o el *leasing* de vivienda (muy frecuente en América Latina). Podrían promoverse, con mayor intensidad, también las tenencias intermedias a través de figuras como la propiedad compartida y la propiedad temporal, reguladas por la Ley catalana 19/2015, de fecha 29 de julio (en adelante Ley 19/2015)¹⁶, pues estas suponen un ahorro práctico, directo e inquebrantable con capacidad de transformarse con el tiempo en la pretendida vivienda en propiedad.

1. LA CUENTA DE AHORRO PROGRAMADO COMO INSTRUMENTO GENERADOR DE RECURSOS PARA EL ACCESO A LA VIVIENDA

Los países y las personas ahorran principalmente con la finalidad de «generar reservas para épocas poco favorables», pero lo realmente importante es «ahorrar para prosperar y generar bienestar» (BANCO INTER-AMERICANO DE DESARROLLO, 2016, 1), a lo que puede añadirse

que ahorrar abre una puerta de escape ante futuras crisis o sobreendeudamiento. Sin embargo, se mantienen a la fecha importantes obstáculos al ahorro, impuestos por el propio sistema financiero, como la brecha de información, la desconfianza en este producto financiero, su alto coste y escasa rentabilidad, así como otras limitaciones propiamente personales como la presión social y los problemas de autocontrol. Para superar estas barreras el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) sugiere seguir las tres estrategias siguientes: a) innovación de productos financieros para fomentar el ahorro; b) captación y conversión del ahorro informal en formal; y c) dirigir políticas de ahorro hacia la población más joven por su potencial para aumentar las tasas de ahorro en el futuro (2016, 246-255).

Ahorrar suele ser una iniciativa personal motivada para cubrir una necesidad o un deseo que bien puede ser pagar una formación académica, desarrollar un proyecto de negocio o adquirir una vivienda en propiedad. Pero no todos tienen ni la motivación, ni la oportunidad de ahorrar para satisfacer sus necesidades o deseos, algunos porque prefieren vivir el presente o no tienen autocontrol (DELLAVIGNA y MALMENDIER, 2006, 696) y otros porque disponen de recursos muy limitados como para prescindir por sí mismos de una parte de ellos. Precisamente para entender la anterior situación, en lo que se refiere a la adquisición de la vivienda, algunos estados han regulado novedosos instrumentos jurídico-financieros que incentivan el ahorro y que a su vez permiten el acceso a la vivienda en propiedad. Un ejemplo de ello son las cuentas programadas vinculadas a políticas de viviendas sociales que parten del compromiso por parte de su titular de destinar un porcentaje de sus ingresos, el que incluso no llegará a recibir, para lograr su deseada vivienda.

A) Cuentas dominicanas de ahorro programado para la adquisición de viviendas

La situación de que muchas familias no pueden acceder a una vivienda en propiedad mediante la fórmula tradicional de ahorro y crédito, incluso aún cuando se dispone de algún subsidio público, acentuó en la República Dominicana la necesidad de completar la famosa fórmula «ABC» de ahorro, bono y crédito (BENZA y KESSLER, 2020) con programas de incentivo al ahorro. El legislador dominicano por medio de los considerandos de la Ley 189-11, de 13 de julio, para el desarrollo del mercado hipotecario y el fideicomiso (en adelante Ley 189-11)¹⁷, destacó el deber del Estado de promover el ahorro nacional y con esto poder facilitar el acceso a la vivienda en propiedad, estatuyendo las Cuentas de Ahorro Programado (en adelante APC).

Las APC, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley 189-11, son una «modalidad de contrato de depósito bancario celebrado entre una o más personas físicas con una entidad financiera, con el objetivo de ahorrar los fondos necesarios para efectuar el pago de la cuota inicial y/o cuotas mensuales para la compra de una vivienda». Su desarrollo tiene lugar cuando un empleado asalariado, cotizante de la Seguridad Social, procede a abrir una cuenta de este tipo, en cualquier entidad financiera, y autoriza por escrito a su empleador a instruir a la entidad que gestiona el pago de su nómina a derivar un porcentaje del salario establecido por el empleado hacia la referida cuenta de ahorro programado y hasta un plazo indicado.

Es un producto financiero especial que, a través del acompañamiento económico, facilita la reunión del importe inicial para la adquisición de una unidad habitacional desarrollada dentro de un proyecto de vivienda de bajo costo. Estas cuentas se distinguen de las cuentas de ahorro ordinarias por su carácter inembargable, por la posibilidad de programar deducciones directas de hasta el 30% del salario de su titular, por su consideración de tipo ahorro exclusivo, por devengar unos intereses preestablecidos, por disponer de la exención de cualesquier impuestos o comisiones bancarias, así como por la habilitación de un subsidio denominado Bono de Primera Vivienda¹⁸ para aquellos proyectos desarrollados bajo estructuras de fideicomisos inmobiliarios.

De acuerdo con el artículo 7, literales b, c y d, del Reglamento para las APC, dictado por la Junta Monetaria el 20 de septiembre de 2011¹⁹, la apertura de esta cuenta se condiciona al cumplimiento de los estándares mínimos siguientes: a) ser asalariado contribuyente de la Seguridad Social; b) no ser titular de una vivienda; y c) ser sujeto de crédito. Además, para acceder a los beneficios de estas cuentas se distinguen principalmente dos requisitos: primero, que el titular de la cuenta identifique un proyecto inmobiliario calificado como vivienda de bajo costo (que cumpla los requerimientos establecidos en la Ley 189-11 y cuyo valor no exceda los RD\$3,627,969.76)²⁰; y segundo, que dicho proyecto se desarrolle bajo fideicomiso al que, una vez ahorrado al menos el 10% del valor de la vivienda, la institución financiera le transferirá directamente el ahorro logrado en concepto de pago del porcentaje inicial de la compra de la vivienda, completándose el restante 10% de la entrada con subsidio público (Bono de Primera Vivienda).

El principal atractivo de las APC es que permiten a su titular cumplir con un riguroso programa de ahorro, sin distracciones o incumplimientos, al ser el empleador el que periódica y directamente transfiera a la cuenta un porcentaje del salario de su empleado (el titular de la cuenta) en concepto de ahorro para la vivienda. Podría considerarse una especie de ahorro forzoso, pues, aunque voluntario, se desarrolla mediante un esquema coercitivo (en este caso contractual) que obliga al titular de la cuenta a destinar unos

determinados bienes a cubrir una necesidad futura (la vivienda) a costa de la restricción de sus deseos de consumo. De acuerdo con KEYNES sería un diferimiento de rentas que retira poder de compra a los consumidores para reembolsárselo posteriormente para una función determinada y que aligera la carga de la financiación (ROJO, 2006, 47-48). Ahora bien, es importante destacar que la iniciativa contenida en las APC, siguiendo el espíritu de la Ley 189-11, se dirige a sujetos con capacidad de crédito y con unos ingresos periódicos mínimos, dígame a los empleados formales que cotizan en la Seguridad Social, dejando fuera a los empleados informales (es decir, los que están excluidos del sistema de protección social, pertenecientes al sector informal), sin poder romper la exclusión financiera que afecta a este grupo socioeconómico.

Lo anterior, puede considerarse como una dolencia que demanda su corrección, pues la limitación a los empleados formales reduce el segmento de población al que van dirigidas estas cuentas (empleados asalariados que coticen en la Seguridad Social dominicana). Lo que tomando en cuenta el alto porcentaje de economía informal y trabajadores independientes existente en el país, donde para el año 2019 del total de la población ocupada el 54,8% pertenecía al sector informal²¹, supone un beneficio para la minoría de la población demandante de vivienda. De modo que, amparados en la disposición del artículo 147 de la Ley 189-11, al establecer que «en caso de que el titular cese en su calidad de asalariado este podrá hacer directamente los aportes a su cuenta», entendemos que estas cuentas bien podrían dirigirse también a los trabajadores independientes y microempresarios que demuestren ingresos regulares y capacidad de pago.

Por otra parte, tal y como hemos analizado, estas cuentas pretenden incentivar el ahorro de los hogares y crear estrategias de acceso a la financiación bancaria. No obstante, podemos encontrar algunas debilidades, como el largo plazo que supondría la reunión del ahorro para la vivienda, especialmente por las limitaciones de las cuantías a ahorrar (hasta el 30% de los ingresos mensuales de su titular) sobre todo en casos de salarios muy bajos. Una debilidad que se pretende subsanar con el supuesto de poder contar con una bonificación subsidiaria de hasta el 10% del valor de la vivienda de bajo costo entregada al tiempo de haber reunido el restante 10% y con ello lograr el generalmente exigido 20% de inicial para la compra de una vivienda.

Siguiendo la línea anterior es preciso, además, ajustar la flexibilidad con la que pueden retirarse los ahorros reunidos en estas cuentas, más allá del impedimento de los retiros parciales contemplados en la Ley. Por ejemplo, que el ahorro únicamente pueda retirarse con la terminación del contrato, como pasa en las cuentas de ahorro programado colombianas (ver apartado B); o que su retiro anticipado, a título de penalidad, conlleve la devolución

de los beneficios percibidos como sucedía en las cuentas de ahorro para la vivienda que se desarrollaron en España (ver apartado C).

Estas cuentas podrán cerrarse, de acuerdo con el artículo 17 del referido Reglamento, por la transferencia del capital ahorrado al fiduciario gestor del proyecto inmobiliario en el que compre el titular de la cuenta y previa autorización de este; tras el cumplimiento del programa sin que el titular resulte adjudicatario de una vivienda en el proyecto al que había postulado; o por decisión de la entidad financiera de acuerdo con las leyes bancarias. Finalizado el programa de ahorro el titular de la cuenta podrá solicitar a la misma entidad la correspondiente financiación hipotecaria, debiendo la entidad financiera considerar su cumplimiento del programa de ahorro para el otorgamiento del crédito. Esto demuestra el carácter inclusivo de estas cuentas, pues se busca crear historial financiero que posteriormente facilite la financiación de la vivienda.

Por consiguiente, sin considerarse una solución universal, estas cuentas podrían ser estudiadas y completadas con las observaciones anteriores por el sistema financiero español como una alternativa de incentivo al ahorro, que por sus virtudes y limitaciones podría dirigirse especialmente a los jóvenes trabajadores desde su inserción en el mercado laboral. Esto podría permitir la disposición de un capital importante para la adquisición de la deseada vivienda en propiedad y con ello la correspondiente emancipación, incluso, en una edad más temprana que la media actual (29,2 años).

B) Cuentas colombianas y contratos de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación

En Colombia, con la finalidad de lograr que los hogares de menores ingresos y los jóvenes puedan acceder a una vivienda digna en propiedad y ante la carencia de ahorros previos se introdujeron, junto a otros instrumentos, las cuentas de ahorro programado. Las que se han convertido en uno de los principales elementos de la política de vivienda actual e impulsoras del sector de la construcción (ORTIZ GALINDO y CHÁVEZ MUÑOZ, 2013, 34; GALINDO MARTÍN y SOSVILLA RIVERO, 2012, 48), aplicadas especialmente en Viviendas de Interés Social (VIS). En su modalidad para la compra de vivienda con derecho real de habitación, mecanismo introducido por el Decreto 332 de 2001, del 1 de marzo, por el cual se autoriza una operación a los establecimientos de crédito (en adelante Decreto 332 de 2001), permite reunir los recursos necesarios para la adquisición de una vivienda al mismo tiempo que puede disfrutarse de esta.

En la actualidad el Decreto 332 de 2001 se encuentra integrado en el Decreto 2555 de 2010, de 15 de julio, por el cual se recogen y reexpiden las

normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores (en adelante Decreto 2555 de 2010)²² que regula los contratos de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación. Estos contratos suscritos entre un particular y una entidad de crédito autorizada, de acuerdo con el título 9, artículo 2.1.9.1.1 del referido Decreto, tienen por objeto hacer a un ahorro de hasta tres (3) años que permita a su titular el pago de la cuota inicial para la compra de una vivienda. A través de estas cuentas, durante este mismo plazo el ahorrador puede ocupar la vivienda pretendida, propiedad del establecimiento de crédito, bajo el ejercicio de un derecho real de habitación (o bien derecho de uso), previamente acordado entre las partes, considerado un derecho real limitado a las necesidades personales relativas a vivienda del habitacionista y su familia, intransmisible e inembargable (Código civil Colombiano arts. 870-878). Por otra parte, en esta misma relación jurídica se contempla derecho de opción de compra.

De acuerdo con el artículo 2.1.9.1.2 del Decreto 2555 de 2010 (art. 2° del Decreto 332 de 2001) dentro de las condiciones exigidas para los contratos de cuentas de ahorro programado con derecho real de habitación destacan: a) mantener la cuenta por un plazo de 6 meses y no superior a 3 años; b) destinar un ahorro durante la vigencia del contrato de por lo menos 30% (20% para vivienda social) del valor del inmueble que se desea adquirir; c) que el importe a ahorrar en ningún caso sea superior al 30% de los ingresos mensuales del ahorrador; d) disponer de un estudio técnico sobre la capacidad de cumplimiento del contrato por parte del ahorrador; e) que los valores ahorrados se registren en cuentas de ahorro programado para la compra de vivienda, f) que el ahorro únicamente pueda retirarse para la adquisición de la vivienda a la terminación del contrato; y g) que se establezca una opción de compra del inmueble a favor del ahorrador, que será efectiva a la finalización del contrato.

Estas cuentas podrían considerarse *sui generis*, por permitir al ahorrador, en calidad de habitacionista, la ocupación personal exclusiva de la vivienda pretendida mientras completa el ahorro programado para su compra. Esta característica tan particular le distingue de cualesquier otros productos financieros similares. Es precisamente, debido al distintivo de que el titular de la cuenta y futuro comprador disfruta del inmueble de manera anticipada a su compra que deberá pagar a la entidad financiera, según el artículo 2.1.9.1.4 del Decreto 2555 de 2010 (art. 4 del Decreto 332 de 2001), una contraprestación mensual no superior al 0.8% del valor del inmueble, así como asumir los gastos de servicios domiciliarios, las reparaciones correspondientes a un arrendatario y las cuotas de administración. Además, atendiendo al artículo 877 del Código civil colombiano que establece que el habitacionista está obligado a contribuir a las expensas ordinarias de conservación de los objetos comprendidos en su derecho.

En caso de que el habitacionista incumpla su obligación de pago de la mensualidad por uso de la vivienda, o de los servicios domiciliados en el inmueble, la entidad financiera podrá cobrarse de los valores ahorrados en la cuenta programada en la que se reúnen los recursos para la compra de la vivienda. En cuanto a la entidad financiera, esta será la responsable del pago de las tasas, impuestos y contribuciones que recaigan sobre el inmueble durante la vigencia del contrato de ahorro programado dado que conserva su dominio a lo largo del contrato de ahorro. De tal forma, podemos observar un reparto de las obligaciones derivadas del inmueble muy similar a las de un arrendamiento con opción de compra que se basa en una proporción de derechos según la propia relación contractual y la posición que ocupa cada parte.

Como hemos podido observar, las obligaciones de las partes en estos contratos son mucho más profundas que las generalmente contempladas para las cuentas de ahorro simple, especialmente por el hecho de converger en un mismo contrato distintas relaciones jurídicas. La entidad financiera no solo recibe y administra las cantidades depositadas en concepto de ahorro por el titular de la cuenta, sino que también constituye (en su calidad de propietaria) un derecho real de habitación a favor del ahorrador que le permite habitar la vivienda que pretende comprar con estos ahorros de manera anticipada al perfeccionamiento de la compraventa. Asimismo, el ahorrador no solo debe destinar un depósito periódico en concepto de ahorro, sino que también debe cuidar y conservar la vivienda cuyo derecho real de habitación le permite habitar y que pretende adquirir con los fondos que reúne en la cuenta de ahorro, así como responder por los gastos de su debida conservación.

Con la llegada al término del contrato de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación, según el artículo 2.1.9.1.5 del Decreto 2555 de 2010 (art. 5 del Decreto 332 de 2001), el ahorrador/habitationista podrá ejercer la opción de compra del inmueble, pautada previamente, tras la notificación anticipada, de por lo menos 30 días hábiles, de su intención a la entidad financiera. El importe ahorrado mediante esta cuenta servirá como parte del pago del precio del inmueble. Es interesante destacar que la plusvalía, valoración o desvaloración del inmueble se compartirá en proporciones iguales entre las partes, por lo que el inmueble podría cambiar de valor al momento de la firma del contrato definitivo de compraventa, pero en ningún sentido podrá ser superior al 50% del avalúo realizado al momento de la celebración del contrato de ahorro programado.

El saldo del precio del inmueble podrá ser pagado por el ahorrador con recursos propios o mediante la financiación proveniente de la misma entidad financiera o de cualquier otra. Para los casos en los que no haya sido posible

la reunión del porcentaje de capital inicial para la compra de la vivienda, el ahorrador podrá completar con recursos propios este importe, solicitar una financiación superior comprobada su capacidad de pago, o bien solicitar la restitución de los depósitos y sus rendimientos tras el desistimiento de la opción de compra.

Como puede verse, este contrato se ampara en un esquema jurídico que se sirve, principalmente, de tres instrumentos legales: a) las cuentas de ahorro programado; b) el derecho real de habitación, y c) la opción de compra (BAENA CÁRDENAS, 2014, 295-296). A través de las cuentas de ahorro programado, una modalidad de contrato de depósito, es posible completar la cuota inicial para adquirir una vivienda en propiedad y acceder a subvenciones públicas, por lo que en esta ocasión se recurre a ellas como instrumento legal de recaudo. Un esquema jurídico financiero que permite gozar de manera limitada y personal de las utilidades de una vivienda (art. 870 del CC colombiano) y posteriormente ejercer una opción de compra amparado en el consentimiento y clara intención de venta del propietario que concede a la otra parte el derecho de su compra, quedando el concedente obligado a vender (art. 23 de la Ley 51 de 1918, de 21 de noviembre, sobre establecimiento o sociedades de crédito)²³ a no ser que el optante desista de su derecho de compra (SANCIÑENA ASURMENDI, 2003, 15-17).

Finalmente es importante señalar que, aunque existen ciertas similitudes entre los contratos de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación y el contrato de arrendamiento financiero para la vivienda o *leasing* habitacional, el cual analizaremos más adelante, se trata de estructuras diferentes. Entre sus principales distinciones podemos señalar el derecho de habitación limitado contenido en los contratos de ahorro programado que no existe en el *leasing* para vivienda que puede considerarse menos restrictivo (por ejemplo, es posible transferir los derechos propios del contrato de *leasing* en cualquier momento). Por otra parte, la estructura que estudiamos en este apartado no se encuentra configurada conforme a las leyes específicas del *leasing* habitacional colombiano, aunque podemos aseverar, siguiendo la postura de BAENA CÁRDENAS, que ambas estructuras cumplen una misma función económica (2014, 297-298). Por tanto, hemos de considerar estos contratos, ante todo, como instrumentos facilitadores del recaudo del ahorro necesario para acceder a la vivienda en propiedad.

C) Las antiguas cuentas ahorro vivienda en España

En España hasta 2013 existieron las cuentas de ahorro vivienda que estimulaban la reunión del capital inicial requerido para la adquisición o

rehabilitación de una primera vivienda habitual²⁴. La finalidad de estas cuentas era facilitar el acceso a la vivienda, al permitir una deducción del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) por las cantidades ahorradas en un determinado periodo previo a la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual (MUÑOZ PÉREZ, 2007, 610; LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., 2001, 1). Estas cuentas fueron suprimidas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012, Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante Real Decreto Ley 20/2012)²⁵ y por recomendación del Consejo de la Unión Europea, en el marco de la Estrategia Europa 2020, de 10 de junio de 2012, en el que se planteó un Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015 (en adelante, 2012/C 219/24)²⁶.

El Consejo de la Unión Europea, concretamente recomendó «disminuir el sesgo favorable al endeudamiento y la compra de vivienda (en contraposición al alquiler) del sistema tributario». De tal manera, y en pro de lograr una fiscalidad neutra a nivel estatal en materia de vivienda que no se incline por ninguna forma de tenencia en espacial (PATÓN GARCÍA, 2014 17), se eliminaron todas las deducciones relativas a la inversión en vivienda. Por tanto, se eliminaron los beneficios de las cuentas de ahorro vivienda contenidos en el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante RIRPF), así como los contenidos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF).

De acuerdo con el Real Decreto 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, (en adelante Real Decreto 20/2011)²⁷, el titular de una cuenta de ahorro vivienda se podía deducir hasta el 15% del IRPF (7,5% estatal y 7,5% autonómico), que podía ser incluso más alto en los territorios forales²⁸, con el máximo de 9040 euros anuales²⁹ para la adquisición de la vivienda; y del 10% con el máximo de 12080 euros anuales para las obras e instalaciones de adecuación en vivienda habitual y hasta un periodo de cuatro años (FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, 2011, 259).

Las mencionadas deducciones, aunque en principio estaban abiertas a todos los contribuyentes, con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, se limitaron solo a los contribuyentes cuya base imponible del IRPF fuese inferior a 24 107,20 euros, excluyendo a un significativo grupo de beneficiarios (PATÓN GARCÍA, 2014, 20). En general, las limitaciones de 2011 a las cuentas de ahorro vivienda se fundamentaron en la importante carga presupuestaria que suponían para el Estado, y que en 2013 supuso

la desaparición definitiva de estas deducciones. Aunque a la fecha siguen vigentes deducciones respecto a las viviendas, como las relativas a inversión, para todos aquellos que adquirieron el inmueble antes de enero 2013, debido al carácter no retroactivo de las normas fiscales según lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria (en adelante Ley 58/2003)³⁰.

Entre los requisitos, principales, para acceder a los beneficios de las antiguas cuentas vivienda españolas estaban: a) disponer de una única cuenta de este tipo, que podía ser cualquier cuenta corriente o de ahorro siempre que se encontrara separada de los ingresos y gastos generales de su titular; b) que las cuantías depositadas en estas cuentas fueran exclusivamente para la adquisición o rehabilitación de la primera vivienda; y c) invertir el ahorro reunido en la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual del titular de la cuenta en un plazo máximo de cuatro (4) años. Por otra parte, se contempló que, en los supuestos de incumplimiento de los requisitos de estas cuentas, como retirar los ahorros antes del tiempo acordado o destinar los ahorros a un fin distinto al de la vivienda, el titular se convertía en deudor de Hacienda Pública, no solo por el importe de las cantidades deducidas en el tiempo de beneficio de la cuenta, sino también por los intereses generados en concepto de demora (LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., 2001, 3).

Estas cuentas de ahorro, aunque tuvieron una gran acogida, sobre todo en la época del *boom* inmobiliario, no pudieron mantenerse como política de vivienda y fiscal por alegarse pérdidas significativas de ingresos para el Estado, así como por las recomendaciones de algunos expertos (CONDE-RUIZ y MARÍN, 2013, 228). Se consideró que, de manera indirecta, estas cuentas perjudicaban al mercado del alquiler de vivienda (MARTÍNEZ y LLANOS MATEA, 2002, 55-56), incentivaban el alza del precio de la vivienda y que contribuyeron en la formación de la burbuja inmobiliaria de 2007. Al anterior listado de fundamentos para la eliminación de estas cuentas finalmente se agregó la posibilidad de desgravarse del IRPF tanto el capital como los intereses generados por el importe ahorrado en cada periodo fiscal (GARCÍA MONTALVO, 2008, 139) lo que significaba un escape importante de ingresos para el arca pública.

Por lo tanto, los beneficios fiscales para la adquisición o rehabilitación de la primera vivienda habitual ya no existen, salvo algunas excepciones autonómicas, y con ello se han extinguido los incentivos al ahorro para la compra de la vivienda a nivel estatal. Una situación que ha perjudicado a un importante grupo de la población, pues las cuentas de ahorro vivienda han desaparecido sin un producto que sustituya sus funciones. Los jóvenes han sido los más afectados con la eliminación de los beneficios que suponían la apertura de una cuenta de ahorro vivienda, pues durante la vigencia de estas ayudas fueron estos los principales titulares de las cuentas vivienda,

los que ahora disponen de muy pocas opciones efectivas para reunir los fondos mínimos (20% del valor de la vivienda) para adquirir una vivienda mediante la tradicional fórmula financiera de financiación hipotecaria. Esta situación tal cual señala NASARRE AZNAR (2020, 634) fomenta «una sociedad de pobres inquilinos y ricos propietarios».

A pesar de los efectos negativos que las cuentas de ahorro para la vivienda pudieron provocar en España, es importante destacar que se trataba de favorecer al ahorro personal para la posterior adquisición de la vivienda habitual. Por otra parte, aunque su mayor atractivo fue la fiscalidad, las cuentas de ahorro para la vivienda también ofrecían a sus titulares tipos bancarios remuneratorios por las sumas ahorradas más altos que para otros productos financieros convencionales, así como mejores condiciones hipotecarias. Es por lo que muchos entienden que una reestructuración de estas cuentas podría resultar interesante para incentivar el ahorro previo tal cual han hecho otros estados. Se ha llegado a proponer, incluso un incentivo similar encaminándolo hacia la inversión, basado en la posibilidad de lograr una reducción en el precio de la vivienda y una importante reducción del *stock* residencial (LÓPEZ GARCÍA, 2015, 224).

En ese mismo sentido, en España han surgido iniciativas que pretenden promover el acceso a la vivienda en propiedad y resolver el problema de falta de ahorros, especialmente para los más jóvenes. Se proponen avales estatales, asociaciones público-privadas, hipotecas sociales, hipotecas sin ahorros, seguros de créditos hipotecarios e incluso la aplicación de programas aplicados en el entorno europeo como el británico *Help to buy* (ayuda para comprar), del que también existe un modelo canadiense³¹, donde se hace una combinación de algunas de estas medidas y solo se requiere un 5% de ahorro previo tras ser avalado por el gobierno o los ayuntamientos el restante 15% del porcentaje total de entrada exigido por la entidades de crédito, pudiendo ser estas ayudas estatales, autonómicas o municipales. Aunque, ya hay quienes señalan la necesidad de verse en el mismo espejo británico donde la aplicación del mencionado programa *Help to buy* ha resultado altamente costoso para el presupuesto público, disparando igualmente el precio de la vivienda (LUQUE, 2020).

En ese mismo orden de ideas la banca española propone explorar avales públicos para suplir o respaldar el importe del 20% de los fondos propios que completan la fórmula tradicional hipotecaria (20% ahorro + 80% crédito) principalmente para los jóvenes españoles que puedan probar capacidad de pago y no dispongan de capital propio. La propuesta concreta es que el Instituto de Crédito Oficial (ICO) pueda avalar entre el 20%³² y el 15%³³ de la cantidad requerida como entrada (ahorro previo) para la compra de una vivienda, quedando a cargo del prestatario a lo sumo el 5% del capital necesario para adquirir una vivienda en propiedad bajo el nuevo sistema

hipotecario. En consecuencia, aunque la banca señala que con estas propuestas no se pretende querer volver a las hipotecas *subprime* o de alto riesgo, el proponer hipotecas del 95% y hasta del 100% fundamentadas en la limitación de los sujetos de crédito (aquellos con capacidad de pago) sigue siendo una apuesta arriesgada.

Las anteriores propuestas parecen no tener en cuenta la experiencia de los años de la crisis inmobiliaria y las recomendaciones al respeto de la Directiva 2014/17/UE tal cual indica NASARRE AZNAR (2020, 424), pues ha quedado claro el alto riesgo que suponen para la economía, la banca y las familias las hipotecas al 100% o de su alto grado de relajación. En tal sentido, cualquier propuesta que procure resolver el problema de la falta de ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad, debe considerar la importancia de que exista un compromiso, desprendimiento o aporte económico significativo por parte del prestatario, puesto que de lo contrario se estaría fomentando el sobreendeudamiento irresponsable, que posteriormente volvería a recrear el escenario de desahucios masivos visto tras la crisis de 2007.

En este contexto, y dadas las experiencias anteriores, los programas con miras a resolver la falta de ahorro para la adquisición de la vivienda en propiedad deben estructurarse en fórmulas sanas sin necesidad de una extrema política fiscal expansiva o una extrema relajación de los créditos hipotecarios. Por tanto, entendemos que los instrumentos legales que en este trabajo revisamos bien podrían servir para incentivar el ahorro temprano y el acceso a la vivienda en propiedad de aquellos que no desean mantenerse por muy largo tiempo en calidad de arrendatarios.

2. DIFERENCIAS ENTRE LAS CUENTAS DE AHORRO PROGRAMADO PARA LA VIVIENDA LATINOAMERICANAS Y LAS ANTIGUAS CUENTAS AHORRO VIVIENDA ESPAÑOLAS

Entre las antiguas cuentas de ahorro vivienda españolas y las cuentas de ahorro programado latinoamericanas que hemos revisado encontramos principalmente tres diferencias significativas. En primer lugar, destaca la orientación de los beneficios fiscales, los que tal y como hemos constatado pueden aplicarse directamente sobre los tributos relativos al producto o sobre las transacciones financieras, y no necesariamente sobre los tributos personales. En este sentido, el BID ha indicado que el incentivo al ahorro «no debe estar necesariamente asociado a ajustes fiscales o a políticas públicas paternalistas» (2016, 20). De tal manera, los incentivos al ahorro aplicados en Colombia y República Dominicana, aunque se auxilian de algunas exenciones fiscales se aplican una vez reducidas las obligaciones

salariales tanto de deducciones para los planes de pensiones como las relativas a los impuestos sobre la renta. En cambio, en las cuentas españolas el incentivo se auxiliaba directamente del IRPF que, como señalan MALDONADO y MARTÍNEZ DEL OLMO, provocó efectos negativos como el acaparamiento del gasto público en vivienda, o el incremento de los precios de las viviendas, debido a que los promotores incorporaban los beneficios fiscales a los precios de las viviendas. Lo cual llevó a la derogación de este programa de incentivo al ahorro para la vivienda en propiedad (2017, 29-30).

Aunque es preciso destacar que en las cuentas de Ahorro y Fomento a la Construcción (AFC) colombianas, creadas por la Ley 488 de 1998, del 24 de diciembre, por la cual se expiden normas en materia tributaria (en adelante Ley 488 de 1998)³⁴, y posteriormente modificadas por la Ley 1819 de 2016, de 29 de diciembre (en adelante Ley 1819 de 2016), con el fin de promover el ahorro a largo plazo para la adquisición de la vivienda, también se dispuso de un tratamiento tributario privilegiado con deducciones del impuesto sobre la renta (HOYO, TUESTA y LLANES, 2014, 10), muy similar al aplicado en las antiguas cuentas de ahorro vivienda españolas, pero para aquellos que hayan mantenido un ahorro por mucho más tiempo, estableciendo el ahorro por un periodo de 10 años (art. 126-4 de la Ley 1819 de 2016)³⁵ y tomando en cuenta que estos impuestos se pagan a partir de una determinada base imponible.

En segundo lugar, entre las cuentas de ahorro para la vivienda latinoamericanas y las cuentas de ahorro vivienda españolas, destaca el carácter inembargable y de exclusividad de las primeras que no existía en las segundas. En lo que respecta a la inembargabilidad, específicamente en el caso de las cuentas de ahorro para la vivienda de la República Dominicana, este beneficio puede entenderse al considerarse el ahorro una proporción extraída directamente del salario del titular de la cuenta y por ende inembargable (art. 200 del Código laboral dominicano); así como a razón de la inembargabilidad expresa contenida en el artículo 140 de la Ley 189-11, tomando en cuenta que estas cuentas se crean para la reunión de la cuota inicial de la compra de la vivienda desarrollada bajo proyecto de fideicomiso. En este mismo sentido, la relación de las cuentas programadas con los proyectos de vivienda desarrollados bajo fideicomiso, un instrumento que permite la segregación de un determinado patrimonio para el desarrollo de un proyecto en específico, justifica la exclusividad del patrimonio ahorrado por absorción de las características propias de los fideicomisos inmobiliarios.

En tercer lugar, la limitación temporal y la correspondiente obligación de devolver los beneficios o deducciones en caso de no haber completado la adquisición o rehabilitación de la vivienda en un plazo determinado. En el

caso de las cuentas españolas, el titular se comprometía a disponer de una importante suma de capital en un periodo de cuatro (4) años y a comprar con premura la que iba a ser su vivienda habitual, pues de lo contrario debía devolver las deducciones de las que se había beneficiado, más interés de demora. En el caso de las cuentas colombianas de ahorro programado para la vivienda con derecho real de habitación, aunque también existe una limitación temporal de tres (3) años, resulta mucho más comprensiva tomando en cuenta que el titular habita el inmueble que se pretende adquirir mientras se reúne el capital para su compra, que no era posible en las cuentas españolas. Por otra parte, en lo que respecta a las AFC colombianas el mantenimiento del ahorro en la cuenta por un plazo de diez (10) años podría entenderse como medida de fomento al ahorro temprano, aunque al igual que en España el retiro anticipado del capital reunido implica la pérdida de los beneficios, así como la obligación de devolver los importes adquiridos por las retenciones no realizadas. En el caso dominicano no se ha estipulado un plazo máximo para el ejercicio de la compra de la vivienda, tampoco la obligación de restituir los beneficios permitiendo una libre recaudación del capital inicial. La falta de limitación temporal y obligacional respecto a la devolución de los beneficios propia de las cuentas dominicanas, a diferencia de las cuentas de ahorro vivienda españolas o colombianas, radica en que el beneficio principal del titular no es la deducción fiscal, sino el acceso a un subsidio público pagado directamente al promotor o a la entidad financiera concedente de un préstamo hipotecario únicamente en caso de hacer efectiva la compra de la vivienda.

En este sentido otra diferencia importante a destacar, como puede verse en la tabla número 1 donde se comparan las cuentas de ahorro programado, es que en las cuentas de ahorro programado para la vivienda con derecho real de habitación desarrolladas en Colombia respecto a otras cuentas de ahorro programado desarrolladas en el mismo país, las cuentas de ahorro programado dominicanas o las antiguas cuentas de ahorro vivienda españolas, es la posibilidad de poder ocupar la vivienda que se pretende en propiedad mientras se ahorra el importe requerido como entrada (entre 20% y 30%). Hemos comprobado como estas cuentas auxiliadas de un derecho real de habitación permiten que el ahorrador disfrute anticipadamente del inmueble pretendido, propiedad de la entidad financiera que además le ofrece un derecho de opción de compra al término del contrato de depósito de ahorro a largo plazo. Una diferencia que, al auxiliarse de estructuras de tenencias intermedias, podría convertirse en ventaja cuando las responsabilidades adquiridas por el ahorrador, en calidad de habitacionista de la vivienda pretendida, asume costes menores que los de un arrendamiento ordinario en el que pueda permanecer hasta completar el ahorro para la vivienda en propiedad. Lo anterior, especialmente, ante la

situación de que los altos precios de los alquileres en grandes ciudades de países como España impiden un ahorro paralelo al pago del alquiler que se pueda considerar significativo para la compra de una vivienda (ECHAVES GARCÍA, 2017, 136).

Siguiendo esta línea, las cuentas de ahorro programado desarrolladas en América Latina, además, de promover subsidios públicos para la vivienda, tienen un propósito de preparación y educación financiera para dar paso al crédito hipotecario. Especialmente tras haber quedado demostrado que la bancarización por sí sola no asegura una mejora de la calidad de vida de los usuarios y que debe ir acompañada de la comprensión del sistema o de los productos por parte de los usuarios de manera que estos puedan identificar si son adecuados para ellos o que uso pueden darles (FERNÁNDEZ, 2015, 181-186). Un elemento que quizás faltó en las cuentas de ahorro para la vivienda aplicadas en España, y en su posterior proceso de financiación hipotecaria. Sin duda, hizo falta lo ahora impuesto por la Directiva 2014/17/UE, mandato cumplido con la actual Ley 5/2019 en España, dígase el agotamiento de procesos previos a la contratación para asegurar la comprensión de los contratos hipotecarios a los que daban lugar estas cuentas. Destacando, además, que un proceso previo sin duda es el ahorro que permite el aporte de recursos propios para la adquisición de la vivienda.

Dado lo anterior, entendemos que estas cuentas de ahorro, como medida de política económica o de vivienda, bien podrían tener grandes resultados de enfocarse especialmente a los jóvenes por su consideración de agentes de cambio. La idea sería configurar una estructura que permita acceder a la vivienda en propiedad partiendo de una mínima estabilidad económica producto de un plan de ahorro previo y del conocimiento de los productos bancarios basado en cierta educación financiera, lo que aseguraría un sano desarrollo del parque habitacional y atendería al menos una parte de las necesidades de vivienda sin el riesgo de futuras crisis o burbujas inmobiliarias.

Tabla 1. Comparativa entre las antiguas cuentas de ahorro vivienda españolas y latinoamericanas

Instrumento	Objeto	Sujetos intervinientes	Tipología	Contrato	Duración	Consideración de los fondos ahorrados
Ahorro programado	Ahorrar los fondos necesarios para efectuar el pago de la cuota inicial y/o cuotas mensuales para la compra de una vivienda.	Entidad finaciera. Empleado asalariado. Empleador. Fiduciario.	Ahorro voluntario coercitivo	Depósito bancario	No estipulado	Inembargables
Ahorro programado colombiano	Hacer un ahorro de hasta tres años que permita a su titular el pago de la cuota inicial para compra de su vivienda.	Un particular y una entidad de crédito autorizada.	Ahorro voluntario coercitivo	Depósito bancario/ Derecho de uso y habitación	3/10 años	Depósito bancario
Ahorro vivienda español (antiguo)	Facilitar la reunión del capital inicial requerido para la adquisición o rehabilitación de una primera vivienda habitual.	Un particular y una entidad de crédito autorizada.	Ahorro autónomo o voluntario (bonificado)	Depósito bancario	4 años	Depósito bancario

Instrumento	Incentivos económicos/fiscales	Ventaja
Ahorro programado dominicano	<ul style="list-style-type: none"> —Exención de impuestos o comisiones bancarias. —Habilitado para el acceso al subsidio público. —Consideración de inembargabilidad respecto al importe ahorrado. —Retribución de una tasa de interés financiero preestablecida. 	<ul style="list-style-type: none"> —Permite que los demandantes de vivienda reúnan un ahorro mínimo para el acceso a la vivienda en propiedad. —Aumenta la posibilidad de acceder. —Se reduce el riesgo al sobreendeudamiento.
Ahorro programado colombiano	<ul style="list-style-type: none"> —Postergación de los gastos e impuestos relativos a la propiedad. —Acceso a subvenciones públicas. 	<ul style="list-style-type: none"> —Aprovechamiento del inmueble pretendido en propiedad, mientras se ahorra. —Derecho real de habitación. —Derecho de opción de compra.
Ahorro vivienda español	<ul style="list-style-type: none"> —Deducción directa del IRPF. —Deducción de los intereses bancarios generados. 	<ul style="list-style-type: none"> —Incentivo al ahorro para la vivienda. —Sana financiación. —Aplicable para la compra o rehabilitación de una vivienda.

Fuente: autoría propia.

III. INSTRUMENTOS LEGALES PARA EL ACCESO A LA VIVIENDA EN PROPIEDAD DE MANERA GRADUAL: UNA ALTERNATIVA PARA EL AHORRO Y LA FINANCIACIÓN

En el contexto actual, y desde la crisis de 2007, cada vez parece más lejos la posibilidad de poder materializar la pretensión de una vivienda adecuada en propiedad. Tal y como hemos analizado hasta aquí, la anterior situación se debe principalmente a la falta de ahorros previos por carencias económicas, falta de cultura financiera o nula voluntad de ahorro, a lo que se suman las endurecidas reglas de acceso al crédito hipotecario que afectan principalmente a la población más joven o vulnerable en lo económico. Es justamente para atender la demanda de este segmento de población que a nivel mundial se han implementado mecanismos jurídicos de adquisición gradual de la propiedad. Esto es así que podemos encontrar regulaciones que van desde el no tan inusitado contrato de arrendamiento con opción de compra, hasta verdaderos medios de dominio progresivo como la «propiedad compartida» dividida en cuotas, o el *leasing* habitacional, un mecanismo legal de financiación tradicionalmente aplicado en el sector industrial o comercial y extrapolado al sector inmobiliario y el mercado de la vivienda. Por tanto, entendemos interesante adentrarnos a revisar algunas de estas figuras, especialmente, por su consideración de soluciones efectivas para el acceso a la vivienda, que logran flexibilizar o ablandar la fórmula ahorro-crédito para el acceso a la vivienda en propiedad. Una vez completado su análisis, en la tabla número 2 se ofrece una breve comparativa entre estos instrumentos.

1. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA

El contrato de arrendamiento con opción de compra en España es un contrato atípico (SANCINIENA ASURMENDI, 2003, 11-12) producto de la combinación de un contrato de compraventa, regulado principalmente por el Código civil, y un contrato de arrendamiento especialmente sujeto a las disposiciones de la Ley de arrendamientos urbanos. Una convención que permite usar y disfrutar un inmueble (vivienda o local comercial) en condición de arrendatario por un plazo acordado que una vez finalizado habilita la posibilidad de su compra (derecho de adquisición). Para poder configurar la opción de compra a la que da lugar este contrato se ha de establecer previamente un precio determinado, del que, además, se podrán haber estado descontando parte de los cánones de arrendamiento previamente pagados (prima de la opción). Una forma de «tenencia intermedia» por su característica de facilitar el cambio del alquiler a la propiedad (MOLINA ROIG, 2018, 517).

La opción de compra no debe confundirse con un contrato de promesa de venta, en el que las partes se comprometen a firmar un contrato de compraventa definitivo en el futuro, que es equiparable a la venta y que da derechos a la reclamación recíproca del cumplimiento del contrato (art. 1451 del CC español). El contrato de arrendamiento con opción de compra permite al propietario de un bien conceder, a la otra parte, el derecho de su compra (no la obligación) previas condiciones acordadas, quedando el concedente del derecho con la obligación de vender, tras la manifestación de su consentimiento, mientras que el optante o futuro comprador puede decidir entre perfeccionar la compra o desistir, pues este no manifiesta su consentimiento de comprar, sino hasta llegado el término señalado. De acuerdo con FERNÁNDEZ CHACÓN (apoyado en las SSTs de 24 de mayo de 1985 y 21 de julio de 1993) «el contrato de opción de compra crea obligación de compraventa únicamente para el concedente frente al optante» (2016, 171). Destacando que, en caso de no ejecutarse el derecho de opción, en el plazo establecido, el optante podrá continuar como simple arrendatario hasta agotar el periodo máximo establecido en el artículo 13 de la Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante Ley 7/2019)³⁶ de entre cinco a siete años según sea el arrendador persona física o jurídica, e incluso novar la relación jurídica en un contrato de arrendamiento simple.

Este contrato, aunque guarda una estrecha similitud, tampoco debe confundirse con el *leasing* o arrendamiento financiero, pues en la estructura original del arrendamiento financiero se relacionan tres partes: el arrendatario, la sociedad de *leasing* o arrendador financiero, y el proveedor o propietario del bien (BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, 2017, 87), mientras que en la opción de compra figuran, principalmente, dos partes el optante y el concedente. Destacando además la calidad de las partes, pues en el *leasing* es una entidad financiera que otorga el derecho de opción estructurado como un producto financiero más, en cambio en la opción de compra cualquier propietario puede ocupar la posición de concedente sin necesariamente financiar el precio de la opción.

En este sentido, también podríamos señalar que el *leasing* financiero tradicional, en España, es de carácter financiero y que si bien podría abarcar la financiación de bienes inmuebles estos han de servir para el desarrollo de una actividad profesional, tal cual señalan CARBAJO, DÍAZ y SERRANO al hacer referencia a la STS de 30 de junio de 1993 (2017, 65-66; BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, 2017, 203), y no precisamente a la vivienda. No obstante, en la modalidad especial de arrendamiento financiero para vivienda existente en países como Chile o Colombia, se ha prescindido del constructor o propietario, adquiriendo la sociedad financiera la propiedad del bien y contratando directamente con el arrendatario/optante, lo que ha creado una

especie de *leasing* habitacional que suele llamarse también arrendamiento con opción de compra financiero. Aún así, este arrendamiento financiero, se distingue de la opción de compra ordinaria por la presencia de una entidad financiera y la clara intención del optante de perfeccionar el contrato de compraventa que no puede verse en el contrato de arrendamiento con opción de compra. Esta última modalidad tiene más bien similitud, como hemos revisado, con la estructura de ahorro programado con derecho real de habitación implementada también en Colombia.

La opción de compra puede aparecer dentro del contrato de arrendamiento, permitiendo ejercer el derecho de compra al finalizar el plazo de arrendamiento, o estructurarse como un contrato por sí mismo siempre que contenga la cosa y el precio, que se perfeccionará con el consentimiento del comprador. Es una compraventa plenamente configurada, pero pendiente de ser perfeccionada por el optante, sin necesidad de un nuevo consentimiento del concedente, pues no puede ser modificada posteriormente por este último, así lo señala SANCINENA ASURMENDI (apoyado en la STS de 18 de mayo de 1993). Las partes son libres de decidir las cláusulas que forman este contrato, así como la procedencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad (2003, 15-16). Es importante destacar que el derecho de opción de compra que se ampara en el consentimiento adelantado del concedente u optatario es limitado y se extingue llegado el plazo acordado para la perfección del contrato de compraventa sin que el optante haya ejercitado su derecho, pasando a ser un simple contrato de arrendamiento o motivando una novación de la relación jurídica.

De acuerdo con el artículo 14 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante RH)³⁷ podemos identificar los siguientes elementos del contrato de arrendamiento con opción de compra:

«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

Este contrato tiene algunas variantes en el derecho autonómico, por ejemplo, en el Código civil catalán el derecho real de opción solo puede constituirse por un tiempo máximo de diez años (art. 568-8).

En otro orden de ideas, la opción de compra en España tuvo un mayor desarrollo y relevancia en los años de la crisis inmobiliaria (CRUZ y GONZÁLEZ, 2015, 35) como alternativa a la imposibilidad de acceder a la vivienda en propiedad dada las nuevas condiciones hipotecarias. Una fórmula jurídica que posibilitaba al promotor obtener ingresos y al optante adquirir el dominio de la propiedad en un determinado momento. Sin embargo, su desarrollo ha encontrado limitantes, especialmente debido a su pesada carga fiscal al entenderse como una operación jurídica comercial que envuelve distintas actividades impositivas y coexistentes. Tal que, hasta la fecha el contrato de arrendamiento con opción de compra no puede entenderse como una verdadera alternativa de tenencia, aunque empieza nuevamente a resurgir³⁸.

La Dirección General de Tributos (DGT) se ha pronunciado en relación a la tributación del contrato de arrendamiento con opción de compra, distinguiendo su tratamiento según la razón que haya originado el contrato. Ha establecido que no pertenecerán al mismo grupo tributario las construcciones de vivienda pensadas desde su inicio para ser arrendadas, que las que fueron pensadas para la venta definitiva, pero que las circunstancias del mercado imposibilitaron su venta, obligando al promotor a recurrir al contrato de arrendamiento con opción de compra (DGT CV2543-09 de 18 de noviembre de 2009). Cuando se reconduce la venta de la vivienda, como en el caso del segundo grupo señalado anteriormente, se mantiene la intención inicial (DGT CV1960-08 de 28 de octubre de 2008). En este sentido, de acuerdo con la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante Ley 37/1992)³⁹, artículo 9.1.º.c) se constituirán dos sectores diferenciados, a saber, el sector promoción de vivienda nueva y el sector arrendamiento de edificaciones para uso exclusivo como vivienda. En consecuencia, la entidad deberá calcular y declarar el impuesto devengado por el autoconsumo (DGT CV1960-08 de 28/10/2008), aunque exento de acuerdo con el artículo 20.uno.23.º de la referida Ley. Ahora bien, no siempre es así, pues la opción de compra o las cantidades relativas al pago de la opción podrían tributar por entenderse que forman parte del precio de la vivienda (DGT CV2004-07 de 25 de septiembre de 2007). Además, deberá pagarse el impuesto correspondiente al ejercicio de la opción de compra por la cantidad que deba satisfacer el arrendatario al momento en que se produce el contrato definitivo de compraventa (IVA o ITP-AJD).

Además, existe también diferencia tributaria cuando en un contrato de arrendamiento con opción de compra la concesión de una vivienda habitual constituye la primera transmisión, siendo el concedente generalmente un promotor (persona jurídica), en cuyo caso el optante deberá pagar el 21% de IVA por la opción de compra más el 10% por su ejercicio. Sin embargo,

tratándose de una segunda transmisión, operaciones desarrolladas generalmente entre personas físicas particulares, el optante solo deberá pagar el 5% del ITP sobre el precio pagado por la opción (el porcentaje de tipo de gravamen dependerá de la CCAA, ya que se trata de un tributo cedido). Lo anterior, destaca la necesidad de una estructura tributaria que también incentive la adquisición de la vivienda a través de contratos de arrendamientos con opción de compra, tanto de primeras como de segundas o ulteriores transmisiones, lo que se puede lograr sin la pesada carga tributaria que supone actualmente y sin una diferencia fiscal entre esta estructura y la compraventa común. De lo contrario se continuará con la promoción de unas formas de tenencia por encima de otras con el auxilio de un tratamiento fiscal preferente, recayendo en lo que quiso eliminar el Consejo de la Unión Europea y que dio lugar a la desaparición de las cuentas de ahorro vivienda en España.

Al respecto, podría idearse un esquema mediante el cual el promotor o propietario deba rendir cuentas por los ingresos percibidos en concepto de arrendamiento, y tributar por los ingresos relativos a la prima de la opción de compra en caso de que se haya pactado, y donde posteriormente el optante responda por los impuestos correspondientes al ejercicio de la opción de compra o perfeccionamiento de la compraventa. En definitiva, lo que se propone es un fraccionamiento del pago del impuesto correspondiente a la compraventa de acuerdo a los importes relativos a la opción de compra, los que una vez sumados han de ser igual al pago de los impuestos pagados en una compraventa ordinaria.

De acuerdo con el OBSERVATORIO VASCO DE LA VIVIENDA, el contrato de arrendamiento con opción a compra es una alternativa, dentro de las consideradas fórmulas «imaginativas e innovadoras» que resulta interesante aplicar junto a otras medidas para resolver la necesidad de vivienda sin tener que acudir inmediatamente a un crédito hipotecario. Explican que, en el caso del País Vasco, se aplicó el contrato de arrendamiento con opción a compra, también para viviendas de protección oficial, permitiendo que los adjudicatarios abonaran una renta asequible (no mayor del 5% del valor del inmueble) destinándose una buena parte a la compra de la vivienda en caso de ejecutar la opción de compra, y permitiendo retrasar la financiación de la compra hasta por cinco años, al mismo tiempo que se reunía el importe requerido como entrada, inicial o completo de la financiación hipotecaria para el acceso de una vivienda en propiedad (2013, 13-14).

Siguiendo la línea anterior, podemos observar que el contrato de alquiler con opción a compra tiene ventajas muy significativas. De acuerdo con CRUZ y GONZÁLEZ desde la perspectiva del arrendatario, destacan: el poder disfrutar del inmueble mientras se prepara económicamente para comprarlo, el poder asegurar la adquisición del inmueble a un precio

establecido que se mantiene en el tiempo, así como la liberación del pago de los impuestos de la propiedad mientras se disfruta el inmueble en condición de arrendatario. También podemos encontrar ventajas desde la perspectiva del propietario/arrendador como: la producción inmediata de ingresos; el traslado de los gastos de mantenimiento al arrendatario; y el aprovechamiento de la plusvalía en caso de que el inquilino no ejerza el derecho de opción a compra (2015, 38-39). No obstante, también podemos encontrar desventajas, por ejemplo, respecto al arrendatario este debe enfrentarse a rentas superiores a las normales para contratos de alquiler sin la opción de compra, o a la pérdida de una parte de capital que podría haber sido para la adquisición del inmueble. En cuanto al arrendador, este podría perder liquidez o enfrentarse a posibles deterioros e inconvenientes con los arrendatarios al momento de la restitución del inmueble.

Por otra parte, aunque el contrato de arrendamiento con opción a compra se proyecta con poca acogida en España por su carácter atípico, por la negativa de los propietarios de fijar un precio de compra por adelantado (un elemento determinante e indispensable en este contrato), o por la recuperación del mercado inmobiliario, lo cierto es que estos obstáculos ya los han superado otras legislaciones. El contrato de arrendamiento con opción de compra es un verdadero contrato e independientemente de su atipicidad cuenta con una clara comprensión jurídica e incluso, como hemos examinado, con referencias expresas dentro de la legislación española. En cuanto a la negativa de fijar un precio por adelantado, que podría perjudicar al concedente al no recibir los beneficios que podría haber generado el inmueble en dicho tiempo, o al optante en caso de que el inmueble se devalúe, también puede resolverse con fórmulas como las que hemos visto en las cuentas de ahorro programado con uso real de habitación colombianas en donde las partes comparten la plusvalía o devalúo del inmueble hasta el 50% del valor prefijado. En cuanto a la recuperación del mercado, entendemos que no debe verse la opción de compra como un contrato solo para caso de emergencia inmobiliaria, sino que debe consolidarse como una alternativa permanente, a elección de la demanda, en un mercado inmobiliario estable.

Dicho todo lo anterior, la opción de compra dentro de las tenencias intermedias rompe con el perpetuado binomio de compra-alquiler, y deja en evidencia que entre el blanco y negro de las alternativas inmobiliarias existe una copiosa escala de grises que también puede arrojar solución al problema del acceso a la vivienda. Esta fórmula, también, puede facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a los que no disponen de ahorros previos, especialmente cuando la cuota de alquiler conlleva integrado el pago de una prima, total o parcial, que permite el recaudo del ahorro

necesario para ejercer la opción de compra y posteriormente acceder a un crédito hipotecario sostenible. Por lo que entendemos que sería conveniente motivar el desarrollo de esta figura, acompañada de una tributación única y competente frente a la compraventa, no solo en su formato ordinario tradicional, sino también en formato financiero con la participación determinante de las instituciones bancarias, como se verá en el siguiente apartado.

2. EL *LEASING* HABITACIONAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En Colombia, el contrato de *leasing* habitacional se encuentra reglamentado por el Decreto 1787 de 2004, de 3 de junio, sobre las operaciones de *leasing* habitacional previstas en el artículo 1 de la Ley 795 de 2003 (en adelante Decreto 1787 de 2004)⁴⁰ actualmente incorporado al Decreto 2555 de 2010, de 15 de julio de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores (en adelante Decreto 2555 de 2010)⁴¹. Este se puede considerar como una regulación especial para la adquisición de la vivienda.

De acuerdo con la Sentencia del 13 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia colombiana, el *leasing* habitacional es un contrato atípico, una modalidad de *leasing* financiero aplicado en vivienda o un contrato de arrendamiento con opción de compra de carácter financiero que debe cumplir todos los requisitos de carácter legal (CASCANTE CHAVES y DUQUE DE HERRERA, 2019, 56). Su modelo ha sido inspirado en el *leasing* financiero inmobiliario angloamericano, así como en la legislación chilena⁴², y tiene como base la Ley 795 de 2003, del 15 de enero de 2003, por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto orgánico del sistema financiero colombiano⁴³.

A través del *leasing*, una parte (entidad autorizada/concedente) se obliga a adquirir o construir un inmueble destinado a vivienda conforme a lo señalado por la otra parte (locatario/tomador/optante) quien recibe para su uso y asume la responsabilidad de pagar al concedente, durante un plazo convenido, un canon de arrendamiento o una indemnización calculada de acuerdo al capital invertido (DEL ROSARIO, 2013, 139-154) que puede servir, además, para amortizar la inversión (PÉREZ, 2016, 144), pudiendo el tomador adquirir la propiedad de la misma finalizado el término del contrato (BAENA CÁRDENAS, 2014, 63-64) tras ejercer una opción de compra pactada a su favor.

De acuerdo con el Decreto 2555 de 2010, el *leasing* habitacional puede ser familiar o no familiar. El primero, de acuerdo con el artículo 2.28.1.1.2 (anterior art. 2 del Decreto 1787 de 2004), es:

El contrato de *leasing* financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor [...]. En los términos del artículo 4 de la Ley 546 de 1999 las operaciones y contratos de *leasing* habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo desarrollo de lo cual, les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13, y 17 numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y parágrafo de la Ley 546 de 1999, los literales b) y c) del artículo 1° Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el presente decreto.

El segundo, de acuerdo con el artículo 2.28.1.1.3 (anterior artículo 3 del Decreto 1787 de 2004), es:

El contrato de *leasing* financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor [...]. Las operaciones y contratos de *leasing* habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar se regirán por las estipulaciones que pacten las partes en el contrato y por lo previsto en el capítulo 3 del presente título.

De los anteriores preceptos podemos encontrar que la principal diferencia entre una modalidad y la otra radica en el objeto o uso del inmueble, pues se puede inferir que el *leasing* habitacional no familiar podría contratarse para cualquier vivienda distinta a la habitual o destinada al núcleo familiar⁴⁴ (segunda vivienda, vivienda vacacional o de inversión). De acuerdo con BAENA CÁRDENAS (2014, 53) esta distinción, además, obedece al razonamiento de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-936 de 15 de octubre de 2003, para la cual el *leasing* habitacional no familiar escapa del régimen de protección que dispensa el Derecho a la vivienda consagrado en el artículo 51 de la Carta política colombiana. Ambas modalidades se distinguen, además, del *leasing* inmobiliario común también por el uso que se da al inmueble pues en el *leasing* inmobiliario suele aplicarse para el desarrollo de una actividad empresarial y no para la vivienda (CASCANTE CHAVES y DUQUE DE HERRERA, 2019, 233).

Concentrándonos directamente en el *leasing* habitacional familiar colombiano, es preciso destacar que, siguiendo el artículo 2.28.1.2.1 del De-

creto 2555 de 2010 (anterior artículo 4 del Decreto 1787 de 2004), para configurar un contrato de este tipo deberán cumplirse, cuanto menos, los siguientes requisitos: a) el locatario debe habitar el inmueble en calidad de vivienda familiar; b) el contrato debe celebrarse por escrito y contemplar una opción de compra a favor del locatario; c) los límites de coste financiero se acogerán a la Ley 546 de 1999, de 23 de diciembre, por la cual se dictan normas en materia de vivienda y se regula un sistema especial para su financiación (en adelante Ley 546 de 1999)⁴⁵; y d) el valor de la opción de compra no podrá superar el 30% del valor del bien.

En ese mismo sentido, tomando en cuenta el carácter financiero de este contrato, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 546 de 1999, la amortización debe darse en un plazo de entre 5 y 30 años como máximo, la cuota del préstamo no podrá superar el 30% del ingreso familiar, deberá contemplar la posibilidad de amortización anticipada sin penalidad alguna, la entidad financiera deberá disponer de un estudio de la capacidad de endeudamiento del potencial arrendatario, y asegurar el bien contra incendio y terremoto, pudiendo el arrendatario opcionalmente incluir un seguro de vida en la entidad de elección del prestatario. Así mismo, el bien entregado en *leasing* habitacional deberá ser propiedad de la entidad financiera autorizada; y tanto el arrendatario como la sociedad autorizada podrán ceder sus derechos respecto del contrato de *leasing* habitacional, incluida la opción de compra, el locatario previa autorización de la entidad autorizada, y la entidad autorizada con la mera notificación por escrito al locatario señalando la entidad a la que ha cedido el contrato.

En el *leasing* habitacional la opción de compra representa justamente la cuota de entrada o inicial exigido para la compra de una vivienda. En este caso, se pagará al vencimiento del plazo de arrendamiento, permitiendo que el arrendatario/optante pueda ahorrar o reunir el importe inicial al tiempo que disfruta de la vivienda. Asimismo, se podrá utilizar el canon de arrendamiento como amortización del precio total del inmueble. Al respecto, el artículo 2.28.1.5.1 del Decreto 2555 de 2010, establece que el *leasing* habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar podrá contemplar un componente de capital administrado como ahorro de largo plazo (adicionado por el artículo 1 del Decreto 1058 del 6 de junio de 2014).

Lo anterior quiere decir que las entidades autorizadas podrán estructurar productos dirigidos a la financiación de vivienda, en los que parte del componente de capital de los cánones pactados pueden destinarse al ahorro de largo plazo a favor de los arrendatarios para el ejercicio de la opción de compra, importe que, además, podrá generar rendimientos producto de interés a su favor. De esta manera el canon de arrendamiento pactado tendrá un componente de costo financiero y un componente de capital que se destinará una parte a cubrir la amortización periódica del precio de la opción

y otra parte a formar el ahorro para la adquisición final de la vivienda. Un ahorro que no estará al alcance de la entidad financiera para satisfacer obligaciones personales del arrendatario/optante respecto a otros productos financieros que este haya contratado con la entidad.

Con base en lo antes planteado, podemos decir que el *leasing* habitacional con carácter social y regulado mediante ley especial permite el acceso a la vivienda a las personas necesitadas de esta sin exigirles un ahorro previo. Además, es un instrumento financiero que facilita el acceso a la financiación bancaria, puesto que el pago del canon fijado funciona como historial crediticio. Así mismo, permite el acceso a determinados subsidios públicos para completar el canon de arrendamiento fijado, importe que a su vez se considerará parte del pago del precio final de venta y que da lugar al valor residual. En ese mismo sentido, según determinadas regulaciones, el *leasing* para viviendas puede llegar a permitir un plazo de hasta más de veinte (20) años de arrendamiento, un término amplio para lograr hacerse de una vivienda mediante el pago de cuotas de arrendamiento, así como para ahorrar el valor residual de adquisición final de la vivienda. Este producto financiero, además, puede llegar a ofrecer una tasa de interés muy competitiva, permitir un porcentaje de financiación mayor que el crédito hipotecario e incluso ofrecer ventajas económicas sobre gastos de transmisión de la propiedad, al tiempo que reconoce intereses a favor del adquirente en *leasing* respecto de la cuenta de ahorro especial que se abre o contrata para el pago final de la vivienda.

El contrato de *leasing* habitacional ha sido de gran utilidad en Colombia tanto para el desarrollo de la economía de este país, como para facilitar la adquisición de la vivienda. Sin embargo, para algunos autores como VARGAS ROMERO (2019, 55) el arrendatario asume cargas que no le corresponden para poder lograr el deseado préstamo hipotecario para el acceso a la vivienda, una cuestión que debe mejorarse, especialmente en cuanto a su regulación jurídica. De acuerdo con ARRIETA BLANQUICETT (2015, 107) su clausulado puede no guardar relación con la calidad de tenedor de un inmueble. Por ejemplo, en el contrato pueden existir cláusulas que le atribuyan al tenedor la cancelación de los impuestos prediales del bien que usa y goza, así como por la valorización del inmueble dado en *leasing*; que eleven a responsabilidad del arrendatario/optante (tenedor) frente a terceros los daños que pueda ocasionar el inmueble por su mala calidad; que impongan al locatario la obligación de suscribir el contrato de *leasing* habitacional a través de una escritura pública a pesar que la ley no lo exige; o que exija la celebración de una promesa de compraventa con el proveedor del inmueble, previo a la celebración del contrato de *leasing*. De igual manera, el locatario o tenedor asume costos que debería cuanto menos compartir con el concedente, como los derivados del registro de

las escrituras o los relativos a pólizas de seguros (VARGAS ROMERO, 2019, 55).

Disposiciones como las anteriores podrían desvirtuar la esencia del contrato de *leasing*, suponiendo cargas adicionales para el arrendatario/optante lo que, lejos de facilitarle el acceso a la vivienda en propiedad sin sobreendeudamiento, podría acercarle al colapso financiero. Por tanto, al momento de estudiar la regulación de una figura tan interesante como el *leasing* de vivienda, será prudente antes resolver los mencionados obstáculos. Por todo lo demás, el *leasing* habitacional puede considerarse una alternativa positiva de financiación para la vivienda en propiedad que también podría explorar la legislación española para resolver la demanda de vivienda en propiedad de quienes no disponen de ahorros previos.

3. LAS ALTERNATIVAS CATALANAS: LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y LA PROPIEDAD TEMPORAL

Las «tenencias intermedias» empiezan a ganar espacio en el marco legislativo español. De manera particular el Código civil catalán (en adelante CCC), a través de la Ley 19/2015, de 29 de julio, sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida (en adelante Ley 19/2015)⁴⁶, ofrece alternativas como la propiedad compartida y la propiedad temporal para acceder a la vivienda en propiedad más allá de las tradicionales compra o alquiler. Unas figuras principalmente adaptadas de las *shared ownership* y el *leasehold* de derecho angloamericano (NASARRE ZNAR, 2017, 16), que nacen también con la finalidad de posibilitar el acceso a la vivienda en propiedad lejos del sobreendeudamiento de las familias (NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2013, 3063-3122).

De acuerdo con el preámbulo de la propia Ley 19/2015 la regulación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida obedece, principalmente, al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o minorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de conformidad con la tradición jurídica. El régimen de la propiedad compartida favorece la propiedad del inmueble a partir de la adquisición de una cuota inicial y la adquisición progresiva de las cuotas restantes. Por su parte, la propiedad temporal, facilita el acceso a la vivienda a través de una fórmula de transitoriedad, donde se goza del inmueble durante un plazo fijo, como propietario único y exclusivo.

De manera específica el CCC en su artículo 556-1, establece que la propiedad compartida «confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario

material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal». Una figura que permite la adquisición de la propiedad inmobiliaria de manera gradual (LAMBEA LLOP, 2017, 192), pudiendo el comprador (propietario material) acceder a una proporción del dominio del inmueble con su completa posesión, uso y disfrute exclusivo, así como con la facultad de enajenar y gravar su proporción de propiedad. El propietario material actúa como propietario absoluto de su parte y como arrendatario del resto que conserva el propietario formal. Además, el propietario material podrá ir adquiriendo en el tiempo las cuotas restantes conforme a su disposición económica.

De forma más llana la característica más distintiva de la propiedad compartida es la de permitir al propietario material adquirir las cuotas de su copropietario (NASARRE AZNAR, 2017, 47; DEL POZO, VAQUER y BOSCH, 2018, 348), el denominado propietario formal, fundamentado en el derecho de adquisición que le asistirá hasta convertirse en el propietario único y definitivo del bien. A modo de ejemplo, del 100% del valor total de una vivienda el comprador (propietario material) puede adquirir en propiedad en principio un 25% de esta, sea con recursos propios o financiación, e ir adquiriendo el restante 75% que permanece bajo el dominio del propietario formal, según su disponibilidad económica, y por el que mientras deberá pagar un canon de arrendamiento proporcional únicamente a las cuotas del propietario formal.

En cuanto a la propiedad temporal, el artículo 547-1 del CCC la define como «el derecho de propiedad temporal que confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo». Una institución jurídica que facilita la adquisición de un bien (mueble o inmueble) por un plazo cierto y determinado (NASARRE AZNAR, 2017, 56) y que de manera novedosa «cuestiona el carácter perpetuo de la propiedad» (IZQUIERDO GRAU, 2020, 91), permitiendo poner término a la propiedad absoluta en un tiempo comprendido para los inmuebles entre diez (10) y noventa y nueve (99) años. La propiedad retornará a su génesis, de manera automática, al llegar a su término el plazo acordado entre las partes (CABALLÉ FABRA, 2017, 459). En el tiempo por el que se acuerde la propiedad temporal el propietario temporal tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin más limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo. A modo de ejemplo, el comprador puede adquirir una vivienda, con todo el derecho de un propietario absoluto, por un periodo de 30 años por estimar que es el tiempo máximo que necesitará la vivienda, pasado este plazo la propiedad absoluta retornará automáticamente a quien le ha vendido (o titular sucesivo) quien se mantendrá como titular de un derecho

de adquisición (DEL POZO, VAQUER y BOSCH, 2018, 159) frente a esta propiedad limitada en el tiempo.

Estas figuras catalanas, pueden ser también una alternativa a la falta de ahorro, tomando en cuenta que permiten fraccionar la financiación (NASARRE AZNAR, 2020, 543). Además, pueden aplicarse al desarrollo de políticas de viviendas sociales (GARCÍA TERUEL, 2017, 375) cuando la población a la que se destinen disponga de una capacidad mínima de pago. La propiedad temporal, es una especie de arrendamiento evolucionado, que otorga la estabilidad que muchos arrendatarios echan en falta en el arrendamiento ordinario. En este mismo sentido, la propiedad compartida va mucho más allá de la estabilidad que demandan los arrendatarios, permitiéndoles convertirse en propietarios absolutos y definitivos una vez lograda la adquisición del 100% de la propiedad.

De lo anterior, podemos colegir que siendo uno de los principales problemas para el acceso a la vivienda en propiedad la falta de ahorro y el largo tiempo que supone la reunión del importe inicial para la compra, resulta necesario no solo dirigir el ahorro a la compra directa y completa de la vivienda, sino también incentivar las tenencias intermedias profesionalizadas que a través del arrendamiento arrojan solución de vivienda. En definitiva, las tenencias intermedias junto a los nuevos mecanismos financieros facilitan el ahorro para la vivienda, al mismo tiempo que se canaliza hacia el mercado financiero formal que a su vez supone mejores viviendas.

Tabla 2. Comparativa entre los instrumentos revisados para el acceso gradual a la propiedad

Figura jurídica	Objeto	Partes	Duración	Tipo de contrato/Derecho
Contrato de arrendamiento con opción de compra	Adquisición de la vivienda tras un periodo de arrendamiento que permite la preparación económica del adquirente.	Arrendatario/optante. Arrendamiento/optatario.	4 años (legislación estatal) - 10 años (legislación autonómica catalana).	Atípico: se combinan mediante la opción de compra los contratos de arrendamiento y compraventa.
Leasing habitacional	Postergación de la financiación hipotecaria.	Entidad autorizada/concedente. Locatario/tomador/optante.	Permite hasta 20 años de arrendamiento hasta ejercer la opción de compra.	Atípico: una modalidad de <i>leasing</i> financiero aplicado en vivienda.
Propiedad compartida	Adquisición fraccionada de la vivienda en propiedad. Flexibilizar las vías de adquisición.	Propietario material. Propietario formal.	99 años (el propietario material tiene el derecho irrenunciable de adquirir de manera sucesiva todas las cuotas de propiedad).	Derecho real. Puede crearse por contrato de compraventa o comunidad.
Propiedad temporal	Adquisición por un periodo puntual de la vivienda en propiedad.	Propietario temporal. Titular sucesivo.	Entre 10 y 99 años para los bienes inmuebles.	Derecho real. Puede crearse por contrato de compraventa. Es una propiedad limitada en el tiempo.

Tabla 2. Comparativa entre los instrumentos revisados para el acceso gradual a la propiedad (Continuación)

Figura jurídica	Ventajas	
	<ul style="list-style-type: none"> —Se incentiva el alquiler de vivienda. —Se fomenta la cultura del ahorro. —Permite el disfrute anticipado del bien que se pretende en propiedad. —Reduce y posterga los gastos e impuestos relativos a la propiedad. —Se asegura un precio establecido que se mantiene en el tiempo. 	<p>Para el arrendador/optatario:</p> <ul style="list-style-type: none"> —Producción inmediata de ingresos. —Traslado de los gastos de mantenimiento al arrendatario. —Aprovechamiento de la plusvalía en caso de que el inquilino no ejerza el derecho de opción a compra.
Contrato de arrendamiento con opción de compra	Inconvenientes	
	<p>Para el arrendatario/optante:</p> <ul style="list-style-type: none"> —Pagos de rentas superiores a las normalmente establecidas para contratos de alquiler sin la opción de compra. —De no ejercer el derecho de opción, se arriesga a perder una parte del capital que podría haber sido para la adquisición del inmueble. 	<p>Para el arrendador/optatario:</p> <ul style="list-style-type: none"> —Posible deterioro de la vivienda. —Dificultad para el desalajo de los arrendatarios que no ejerzan el derecho de opción de compra.
Leasing habitacional	Ventajas	
	<ul style="list-style-type: none"> —Se incentiva el desarrollo del mercado del alquiler de vivienda. —Se fomenta la cultura del ahorro. —Se disfruta de la vivienda mientras se ahorra para su compra. —Tasa de interés más competitiva. 	<ul style="list-style-type: none"> —El canon de arrendamiento puede amortizar el precio total del inmueble. —Se reduce y postergan los gastos e impuestos relativos a la propiedad. —Mayor porcentaje de financiación frente al crédito hipotecario.
Propiedad compartida	Inconvenientes	
	<ul style="list-style-type: none"> —Cánones de arrendamiento más altos. —Dificultad para el desalajo de los arrendatarios que no ejerzan el derecho de opción de compra. 	<ul style="list-style-type: none"> —El optante asume la cancelación de los impuestos prediales. —El optante asume responsabilidad frente a terceros. —El optante asume gastos de escritura, registro y pólizas de seguros.
Propiedad compartida	Ventajas	
	<ul style="list-style-type: none"> —Facilita el acceso a la vivienda en propiedad. —Permite adquirir ganancia por plusvalía. —Se fomenta la cultura del ahorro. 	<ul style="list-style-type: none"> —Puede considerarse más económico y seguro que el alquiler. —Se reduce la financiación según el porcentaje de propiedad adquirida.
Propiedad temporal	Inconvenientes	
	<ul style="list-style-type: none"> —No se adquiere la propiedad absoluta de la vivienda hasta alcanzar el 100% de la propiedad. 	<ul style="list-style-type: none"> —Poco conocimiento de la figura. —Uso limitado en el mercado.
Propiedad temporal	Ventajas	
	<ul style="list-style-type: none"> —Facilita el acceso a la vivienda en propiedad. —Se fomenta la cultura del ahorro. 	<ul style="list-style-type: none"> —Reduce el importe de financiación según el tiempo por el que se adquiere la propiedad.
Propiedad temporal	Inconvenientes	
	<ul style="list-style-type: none"> —Se adquiere la propiedad de la vivienda por un tiempo limitado. 	<ul style="list-style-type: none"> —Poco conocimiento de la figura. —Uso limitado en el mercado.

Fuente: autoría propia.

IV. CONCLUSIONES

I. En España el ahorro voluntario va en declive desde 2013 y no parece que esta situación vaya a cambiar sin la aplicación de unos verdaderos incentivos. La baja disposición o posibilidad de ahorro genera, además de problemas macroeconómicos, la imposibilidad de poder materializar el acceso a la vivienda en propiedad para segmentos de población específicos como los jóvenes *millennials* y las familias con rentas bajas. En la actualidad la vivienda en propiedad se visualiza inalcanzable para la nueva generación de familias que no logran reunir, sin medidas públicas de acompañamiento económico, los fondos propios exigidos para completar la fórmula hipotecaria de crédito sano (20% ahorro previo aportado por el comprador y 80% de financiación bancaria), cada vez menos flexible tras la experiencia de la crisis inmobiliaria de 2007, y ahora frente a una posible paralización económica a causa de la crisis sanitaria del Covid-19. No obstante, la demanda de vivienda en propiedad por parte de los nuevos núcleos familiares requiere respuestas, las que como hemos analizado bien pueden satisfacerse a través de política de vivienda similares a las aplicadas en otros países, incluso con mucho menos desarrollo que España, como Colombia y República Dominicana, en donde se aplican programas de ahorro inducido para facilitar el acceso a la vivienda en propiedad.

II. Después de un breve análisis de derecho comparado sobre la capacidad de determinados instrumentos jurídico-financieros para facilitar el acceso a la vivienda en propiedad, apuntamos a que el problema de la falta de ahorros previos para el acceso a la vivienda que afecta a los españoles no es tan solo económico, sino también social, político y legislativo ante la carencia de mecanismos legales y educacionales que atiendan la preparación previa a la compra de la vivienda de aquellos que demandan dicha posibilidad. Tal y como hemos revisado, a través de las distintas figuras jurídicas aplicadas en otros Estados, e incluso en algunas comunidades autónomas, es posible estructurar esquemas efectivos para la reunión del capital requerido para la compra de una vivienda, incluso al mismo tiempo que se disfruta de esta. Dentro de los mencionados instrumentos legales podemos encontrar un gran número de figuras intermedias entre la compra y el alquiler de la vivienda que procuran facilitar el acceso a la propiedad sin la inmediata disposición de ahorros previos para completar el tradicional 20% de entrada de la vivienda. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento con opción de compra, el *leasing* habitacional, la propiedad compartida y la propiedad temporal, ello sin hacer mención de las opciones europeas y especialmente de los países escandinavos. Asimismo, se ha comprobado la funcionalidad de determinados productos financieros de tipo política pública de vivienda, que incentivan el ahorro y permiten reunir de manera anticipada el porcen-

taje de capital requerido para la compra de una vivienda, así como facilitar el acceso al posterior crédito hipotecario. Algunos ejemplos pueden ser las cuentas de ahorro programado para la adquisición de la vivienda, los contratos de ahorro programado para la compra de vivienda con derecho real de habitación, o las antiguas cuentas vivienda españolas, con ligeras modificaciones.

III. De todo lo estudiado, hemos podido constatar que la mayoría de los instrumentos jurídicos o financieros a los que nos hemos referido bien dan paso a algún tipo de subsidio público para el acceso a la vivienda en propiedad, que motivan el ahorro previo para la vivienda, o bien promueven el acceso a la propiedad mediante estas fórmulas innovadoras, subvenciones que no necesariamente se sustentan en políticas fiscales. En el caso español, además de que los instrumentos jurídicos existentes que procuran el acceso a la vivienda en propiedad bajo esquemas alternativos son aplicados escasamente, podría decirse que con la desaparición de las cuentas vivienda también han desaparecido los incentivos al ahorro previo con los que se lograba reunir el capital propio exigido por la fórmula hipotecaria de crédito sano. Con base a lo antes planteado entendemos que, podría resultar positivo que la legislación española contemple una redirección de las ayudas públicas para el acceso a la vivienda en propiedad que puedan ir más allá de los tradicionales incentivos aplicados al inmueble, y alcancen directamente a los sujetos demandantes de viviendas en propiedad, así sea en una única oportunidad.

IV. De acuerdo a lo anterior, y a modo de contribuir con la solución del problema de la falta de ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones:

a) Promover en España el desarrollo de cuentas de ahorro programado para la vivienda que se beneficien de incentivos públicos, distintos de las deducciones tributarias personales, y que permitan la reunión del capital inicial para la compra de la vivienda en un plazo razonable. Esto puede hacerse como hemos comprobado por deducciones salariales directas y con subvenciones directas respecto al coste de los productos financieros.

b) Establecer a nivel estatal instrumentos o mecanismos de financiación para la vivienda en propiedad apoyados en figuras jurídicas de tipo «tenencias intermedias» o adquisición progresiva del dominio de la propiedad, que a su vez garanticen aliviar la presión y dilatación que supone la reunión de un importante capital para la adquisición de una vivienda.

c) Crear políticas públicas de vivienda que atiendan la preparación previa al acceso a la vivienda en propiedad.

V. Finalmente, hemos de destacar que, si bien es cierto que los instrumentos que se han analizado en este trabajo podrían favorecer a la vivienda

en propiedad, ello no implica que deban ser los únicos aplicados para lograr el acceso a la vivienda, pues el conjunto de las políticas de vivienda debe entenderse diversificado. La propiedad debe coexistir junto a otras formas de tenencia, por ejemplo, con el alquiler que en España se encuentra muy depreciado, y dentro del cual también existen diversas alternativas que podrían contribuir, sino a la vivienda en propiedad inmediata cuanto menos al acceso a la vivienda digan con carácter transitorio que permita a los demandantes prepararse para la adquisición de una vivienda en propiedad; así como a la emancipación de los jóvenes españoles dentro de la media europea.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- SCC Colombia de 15 de octubre de 2003.
- SCSJ Colombia de 13 de diciembre de 2002.
- SSTS España de 24 de mayo de 1985.
- SSTS España de 21 de julio de 1993.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, L., ALVARGONZÁLEZ, P., BARCELÓ, C., BRUNET, J., CRESPO, L., CUADRO-SÁEZ, L., FERREIRA, C., GÁLVEZ, J., GÓMEZ, M., LÓPEZ, D., LLANOS, M., MYROSLAV PIDKUYKO, A., URTASUN, A., VILLANUEVA, E., VOZMEDIANO, E., GALÁN, J., LAMAS, M., MENCIA, J., VEGAS, R., BLANCO, R. (2020). *El mercado de la vivienda en España entre 2014 y 2019*. Documentos Ocasionales núm. 2013. Madrid: Banco de España.
- ARISTEGUI FRADUA I. y SILVESTRE CABRERA, M. (2020). La vulnerabilidad social y el desempleo: Deconstruyendo la dicotomía público-privado. En N. Paleo (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 29-51.
- ARRIAGADA LUCO, C. (2003). *América Latina: información y herramientas socio-demográficas para analizar y atender el déficit habitacional*. Santiago: CEPAL.
- ARRIETA BLANQUICETT, M.C. (2015). Obligaciones a cargo del locatario en un contrato de *leasing* habitacional con destino a vivienda familiar, que no guardan relación con su calidad de tenedor. *Revista Mercatoria*, vol. 4, núm. 1, 93-111.
- BAENA CÁRDENAS, L.G. (2014). *El leasing habitacional: un instrumento para financiar la adquisición de la vivienda*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BENZA G. y KESSLER G. (2020). *La ¿nueva? estructura social de América latina cambios y persistencias después de la ola de gobiernos progresistas*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. (2017). *Arrendamiento financiero. Aspectos contractuales y concursales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- BOVER, O., TORRADO, M. y VILLANUEVA, E. (2019). *La ratio préstamo-valor en la economía española: 2004-2016*. Boletín Económico, 1/2019. Madrid: Banco de España.
- CABALLÉ FABRA, G. (2017). Límites en el acceso del titular sucesivo (propiedad temporal) y del propietario formal (propiedad compartida) al bien objeto de propiedad. En S. Nasarre (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 457-502.
- CAMPOS ECHAVARRÍA, J. L. (2008). *La burbuja inmobiliaria española*. Madrid: Marcial Pons.
- CARBAJO VASCO, D., DÍAZ ECHEGARAY, J.L. y SERRANO MORACHO, F. (2017). *Arrendamientos financieros y operativos tras la NIIF 16: perspectivas contable, jurídica y fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRERAS BAQUER, O. (2019). ¿Seguirá cayendo la tasa de ahorro española?, *Economía Española FOCUS, CaixaBank Research*, 21-22.
- CASCANTE CHAVES, M.C. y DUQUE DE HERRERA, M.V. (2019). En C. Cardozo Roa, E. Perafán Del Campo (Eds.), *Contratos atípicos*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 23-65.
- CAVALLO, E. y SEREBRISKY, T. (2016). *Ahorrar para desarrollarse: Cómo América Latina y el Caribe puede ahorrar más y mejor*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- CONDE-RUIZ J.I. y MARÍN, C. (2013). La crisis fiscal en España. *Anuario Internacional CIDOB*, 223-22.
- DELLA VIGNA, S. y U. MALMENDIER (2006). Paying Not to Go to the Gym. *American Economic Review*, núm. 96, 694-719.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Derechos Reales*, 6.^a edición, Barcelona: Marcial Pons.
- DEL RÍO A. y CUENCA J.A. (2019). Boletín económico. La situación financiera de los hogares en la zona del euro en 2018. *Banco de España*.
- DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO, M. (2013). *El leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- (2009). *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*. Madrid: Cuadernos de Derecho Registral.
- DE LOS RÍOS, S. (2008). El Derecho a la vivienda y las declaraciones constitucionales. *Revista INVI*, vol. 23, núm. 62, 127-147.
- DIZY MENÉNDEZ, D. (2018). Políticas públicas en la vivienda. En E. Muñiz, S. Nasarre, E. Rivas y Á. Urquizu (Dirs.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*. Valencia: Tirant lo Blanch, 147-186.
- ECHAVES GARCÍA, A. (2017). El difícil acceso de los jóvenes al mercado de vivienda en España: precios, regímenes de tenencia y esfuerzos. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 35, núm. 1, 127-149.
- ESCALLÓN GARTNER, C. (2010). *Arrendamiento y vivienda popular en Colombia como alternativa habitacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- FERNÁNDEZ, A. (2015). Educación e inclusión financiera. Algunos apuntes sobre su interrelación en la República Dominicana. En *La cultura del ahorro en la República Dominicana. Del Situado a la banca*. Superintendencia de Bancos: Santo Domingo.

- FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2016). *Compraventa y transmisión de la propiedad* (Tesis Doctoral). Universidad de Oviedo, Oviedo, España.
- FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L. (2011). *Manual de sistema fiscal español: teoría, práctica, fórmulas y esquemas*. Madrid: Editorial Dykinson.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, S., VIVEL-BÚA, M, REY-ARES, L. SIXTO-PUENTE, E. (2020). Ahorro y Jubilación entre los «*Milennials*» españoles: Un Análisis Preliminar. *European Journal of Applied Business Management*, vol. 6, núm. 1, 24-47.
- FERRERO MUÑOZ, I. (2002). *Milton Friedman: la política económica de un pragmatista liberal*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- GALIANA SAURA, Á (2018). La naturaleza jurídica del derecho subjetivo a la vivienda. En E. Muñiz, S. Nasarre, E. Rivas y Á. Urquizu (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*. Valencia: Tirant lo Blanch, 33-52.
- GALINDO MARTÍN, M.Á. y SOSVILLA RIVERO, S. (2012). Construcción y crecimiento económico. *Economía de la Vivienda en España*, núm. 867, 39-49.
- GARCÍA MONTALVO, J. (2008). *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero*. Barcelona: Antoni Bosch Editor, S.A.
- GARCÍA TERUEL, R. (2017). El fomento de la propiedad compartida y de la propiedad temporal en las políticas sociales de vivienda. En S. Nasarre (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tiran lo Blanch, 373-413.
- GONZALES ARRIETA, G. (2005). El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina. *Revista CEPAL*, 122, 115-129.
- HOYO, C., TUESTA, D. y LLANES, M.C. (2014). Ahorro Voluntario a Largo Plazo en Colombia. Observatorio Económico Inclusión Financiera, *BBVA Research*, 1-20.
- IZQUIERDO GRAU, G. (2020). *La división y la temporalidad del dominio: la propiedad temporal del Código civil de Cataluña*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ ALEMÁN, Á (2020). Un derecho no tan débil: La movilización jurídica ante la hipermercantilización de la vivienda. En N. Paleó (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda Gente sin casa y casas sin gente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 173-159.
- LAMBEA LLOP, N. (2018). La gestión de vivienda en alquiler social una perspectiva comparada. En E. Muñiz, S. Nasarre, E. Rivas y Á. Urquizu (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch, 39-63.
- LAMBEA LLOP, N. (2017). Comentarios a la propiedad compartida. En S. Nasarre (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 192-204).
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M. (2001). Tratamiento de las cuentas vivienda en materia tributaria. *Revista Quincena Fiscal*, núm. 20, Editorial Aranzadi, SAU, 1-23.
- LÓPEZ GARCÍA, M.A. (2015). Política de vivienda y política impositiva: incentivos al ahorro e incentivo a la inversión. *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 90, 207-232.
- LÓPEZ LABORDA, J., MARÍN GONZÁLEZ, C. y ONRUBIA FERNÁNDEZ, J. (2018). ¿Qué ha sucedido con el consumo y el ahorro en España durante la Gran Recesión? Un análisis por tipos de hogar. *Estadística Española*, vol. 60, núm. 197, 273-311.

- LUQUE, J. (2020). Sobre el fallido programa «Help-to-Buy» y los subsidios a la demanda de vivienda. El Economista.es, publicado en fecha 02 de junio de 2020. Disponible en: <https://revistas.economista.es/inmobiliaria/2020/junio/sobre-el-fallido-programa-help-to-buy-y-los-subsidios-a-la-demanda-de-vivienda-GC3271109>.
- MALDONADO, J. y MARTÍNEZ DEL OLMO, A. (2017). Tendencias recientes de la política de vivienda en España. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 35, núm. 1, 15-41.
- MARTÍNEZ, J. y LLANOS MATEA, M. (2002). *El mercado de la vivienda en España*. Boletín Económico. Banco de España., 51-61.
- MENÉNDEZ PUJADA, Á. (2020). Encuesta sobre préstamos bancarios en España: junio de 2020. Boletín económico núm. 3/2020.
- MOLINA ROIG, E. (2018). *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2007). Las llamadas cuentan ahorro vivienda y cuenta corriente en materia tributaria. En E. Gadea Soler, A. Sequeira Martín y Sacristán F. (Dir.). *La contratación bancaria*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 609-626.
- NASARRE AZNAR, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). Comentarios a la propiedad temporal. En S. Nasarre (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 56-66.
- (2017). Exposición de motivos de la Ley 19/2015. En S. Nasarre (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 16-55.
- (2017). Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 35, núm. 1, 43-69.
- 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.
- NIETO LOBO, E. (2012). La composición del ahorro de las familias. *Extoikos*, núm. 8, 25-38.
- OBSERVATORIO VASCO DE LA VIVIENDA (2013). *Fórmulas alternativas a la compra y el alquiler en el acceso a la vivienda*. San Sebastián.
- ORTIZ GALINDO, N.A. y CHÁVEZ MUÑOZ, N. M. (2013). Demanda de vivienda nueva no VIS en las tres principales ciudades de Colombia. *Revista Dimensión Empresarial*, vol. 11, núm. 1, 33-44.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2015). Contratación y vivienda en la crisis económica. En M.A. Parra (Dir.), *Acceso a la Vivienda y Contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 160-192.
- PATÓN GARCÍA, G. (2014). Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual. Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, 14-31.
- PÉREZ PAPUTSACHIS, W. (2016). El *leasing* financiero un medio para mejorar los resultados de la industria. *Fides Et Ratio*, 11, 139-154.
- PISARELLO, G. (2013). El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas. *Espaço Jurídico*, vol. 14, núm. 3, 135-158.

- RIVAS NIETO, E. (2017). La excesiva carga fiscal de la vivienda. En Á. Urquizu Cavallé (Dir.). *Tributación de la vivienda en el Derecho español y comparado: problemas, retos y perspectivas*. Barcelona: Huygens Editorial, 157-175.
- RODRÍGUEZ ALONSO, R. (2009). La política de vivienda en España en el contexto europeo. Deudas y Retos. *Boletín CF+S 47/48. Sobre la (in)sostenibilidad en el urbanismo*, 125-172.
- ROJAS LÓPEZ, M.D. (2018). *Finanzas personales, cultura financiera*. Bogotá: Ediciones de la U.
- ROJO, L.Á. (2006). *Ensayos de economía y pensamiento económico*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2003). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson, S.L.
- SEMPERE FAUS, S. (2019). Reflexiones criminológicas sobre la relación entre pobreza, exclusión social, delincuencia y vivienda. En D. Muñoz Pérez (Coord.), *La Vivienda en la Comunidad Valenciana. Cuestiones Controvertidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 207-246.
- SIMÓN MORENO, H. (2018). Naturaleza jurídica, contenido y efectos de la regulación de un derecho fundamental a la vivienda en la Constitución Española. En E. Muñoz, S. Nasarre, E. Rivas y Á. Urquizu (Dirs.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*. Valencia: Tirant lo Blanch, 53-88.
- SZALACHMAN, R. (2003). *Promoviendo el ahorro de los grupos de menores ingresos: experiencias latinoamericanas*. Santiago: CEPAL.
- TELLO I ROBIRA, R. (2012). Políticas públicas de vivienda en Barcelona y Ciudad de México. En S. PÉREZ-RINCÓN y R. TELLO I ROBIRA, *¿Derecho a la vivienda?* Barcelona: Edicions Bellaterra, S.L, 207-222.
- VARGAS ROMERO, M.C. (2019). Cláusulas abusivas en contratos de *leasing* habitacional en Colombia: ¿un mal necesario? *Revista de Derecho y Economía*, núm. 51, 55-65.

NOTAS

¹ Este artículo se ha desarrollado en el marco del plan de investigación «Proyecto sobre vehículos financieros y vivienda asequible» del *Housing Research Group* (HRG) de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili (URV). <http://housing.urv.cat/es/>.

² De acuerdo con los datos de EUROSTAT hasta el año 2017 siete de cada diez personas de la EU-28 residían en viviendas en propiedad, lo que suponía un 69,3%, frente a un 20% que alquilaba sus viviendas a precio de mercado y el 10,7% que alquilaba sus viviendas en alquiler protegido o alojamiento gratuito.

Documento *Housing statistics/es*, junio de 2019. <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/14813.pdf>

³ Ver nota de prensa del Instituto Nacional de Estadísticas, relativo a las Cuentas Trimestrales no Financieras de los Sectores Institucionales, Cuarto trimestre de 2018, publicarlo el 29 de marzo de 2019. Consulta en línea de 16 de julio de 2020, a través de: <https://www.ine.es/daco/daco42/ctnfsi/ctnfsi0418.pdf>

⁴ JORRÍN, J, El ahorro de los hogares en España se hunde y es ya un 60% más bajo que en Europa, *El Confidencial*, publicado en fecha 5 de abril de 2019. Consultado el 15 de julio de 2020, a través de: https://www.elconfidencial.com/economia/2019-04-05/ahorro-hogares-espana-hunde-mas-bajo-europa_1924894/

⁵ OECD Data, Saving Rate. Recuperado en: <https://data.oecd.org/natincome/saving-rate.htm>

⁶ De acuerdo con: El Barómetro VidaCaixa «Hábitos de ahorro en la generación *millennial*» que analizó en el año 2016 los hábitos de ahorro de los jóvenes españoles entre 25 y 35 años, la generación *millennials* ahorra un promedio de 155€ al mes, superando más de 300€ solo un 18% de esta población. Recuperado en: <https://www.vidacaixa.es/documents/51066/91493/Bar%C3%B3metro+VidaCaixa..pdf/0226fa40-ad09-85e6-4806-a968b5dec7e>

⁷ Plan de Educación Financiera 2018-2021 del Banco de España y la Comisión Nacional de mercado de Valores (CNMV).

Recuperado en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/PlanEducacion18_21.pdf Por otra parte, puede verse el portal web habilitado para el ciudadano en: <http://www.finanzasparatodos.es/>

⁸ Basados en la ratio préstamo hipotecario/valor de la vivienda, y auxiliados de los indicadores importe de transmisión recogido en el Registro de la Propiedad/valor de tasación han dispuesto de una muestra que comprueba que la mediana de la ratio préstamo-valor entre 2004 y 2007 se habría situado entre el 70%, si se utiliza el valor de tasación, y el 107%, de acuerdo con el precio de transmisión. A partir de 2010 se redujo la diferencia entre ambas ratios, al mantenerse en torno al 70% la ratio préstamo-valor que utiliza el valor de tasación y caer al 80% la que emplea el valor de transmisión. Entre 2007 y 2016, la ratio de préstamo sobre valor de transmisión en la muestra enlazada se ha ido reduciendo desde el 105% de 2007 hasta el 80% de 2012 y años siguientes.

⁹ Aunque al inicio de la crisis inmobiliaria la tasa de morosidad era relativamente baja, conforme la situación económica fue empeorando la tasa de morosidad fue también aumentando, tanto que de acuerdo con los datos del Banco Central la ratio de morosidad del crédito al sector privado pasó del 0,84% en diciembre de 2007 al 3,3% en diciembre de 2008 y al 4,10% en febrero de 2009, lo que continuó en aumento en los años de la crisis. Fuente: BANCO DE ESPAÑA, Informe de Estabilidad Financiera, 2009. Recuperado en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/09/Fic/IEF200905.pdf>

En este mismo sentido, el aumento de la tasa de morosidad, llevó a que las instituciones financieras ejecutaran sus garantías hipotecarias, lo que se tradujo en una cifra muy alta de desahucios, y aunque hasta la fecha no está claro que factores componen estas cifras, la Plataforma de Afectado por la Hipoteca (PAH) solo en el periodo 2008-2012 ha estimado unos 400.000 lanzamientos por ejecución hipotecaria, aunque tanto las instituciones gubernamentales como judiciales refieren cifras muy por debajo de esta. Pueden verse más detalles en el siguiente enlace: [https://afectadosporlahipoteca.com/2020/01/28/desde-2008-se-han-producido-1-002-000-desahucios/#:~:text=Desde%202008%20se%20han%20producido,Afectados%20por%20la%20Hipoteca%20\(PAH\)](https://afectadosporlahipoteca.com/2020/01/28/desde-2008-se-han-producido-1-002-000-desahucios/#:~:text=Desde%202008%20se%20han%20producido,Afectados%20por%20la%20Hipoteca%20(PAH))

¹⁰ Diario Oficial de la Unión Europea, de 4 de febrero de 2014, 60/34 a 60/85.

¹¹ BOE de 16 de marzo de 2019, núm. 65, 26329 a 26398.

¹² Ver nota de prensa del Instituto Nacional de Estadísticas, relativo a las Cuentas Trimestrales no Financieras de los Sectores Institucionales, Cuarto trimestre de 2019, publicado el 31 de marzo de 2020 y actualizado el 22 de abril de 2020. Consultado en línea el 16 de julio de 2020, a través de <https://www.ine.es/daco/daco42/ctnfsi/ctnfsi0419.pdf>

¹³ Conforme con el Instituto de Informes Económicos, y de acuerdo con los datos de la Comisión Europea, España se encuentra alrededor de 4 punto por debajo de la tasa media del ahorro en Europa, una tasa que ha bajado prácticamente el doble desde 2014. Puede consultarse el informe del Instituto de Informes Económicos (2019). La tasa de

ahorro de los hogares españoles se situará en un 5,1% en 2019, casi cinco puntos por debajo de la media europea: <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/Tasa-ahorro.pdf>

¹⁴ EUROSTAT. Estimated average age of young people leaving the parental household by sex, Last update: 21 de abril de 2020. https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=yth_demo_030&lang=en

¹⁵ Ver nota de prensa del Instituto Nacional de Estadísticas, relativo la Encuesta Continua de Hogares (ECH) año 2019, publicado el 2 de abril de 2020. Consultado en línea el 2 de septiembre de 2020, a través de https://www.ine.es/prensa/ech_2019.pdf

¹⁶ BOE de 8 de septiembre de 2015, núm. 215, 79039 a 79048.

¹⁷ Gaceta Oficial de 22 de julio de 2011, núm. 10628.

¹⁸ En la República Dominicana existe una bonificación especial denominada Bono de primera Vivienda o Bono de Vivienda de Bajo Costo. Un incentivo que se otorga a los adquirientes de viviendas clasificadas como viviendas de bajo costo para facilitar la adquisición de las mismas. Este incentivo podrá utilizarse para completar el inicial de la vivienda o aplicarse al capital insoluto del préstamo. Pueden verse más detalles en el siguiente enlace: <https://dgii.gov.do/contribuyentesRegistrados/personasJuridicas/fiduciaria/Paginas/bonoVivienda.aspx>

¹⁹ Reglamento para las cuentas de ahorro programado para la adquisición de viviendas de bajo costo, derivado de la Ley núm. 189-11 para el desarrollo del mercado hipotecario y el fideicomiso en la República Dominicana, de fecha 16 de julio del 2011.

²⁰ Son proyectos de soluciones habitacionales calificadas por el Instituto Nacional de la Vivienda (INVI), que además de sus características de ubicación, tamaño, calidad de materiales, entre otros, su valor máximo de venta debe ser igual o inferior a los tres millones seiscientos veinte mil novecientos sesenta y nueve pesos con setenta y seis centavos (RD\$3,627,969.76). Este importe está establecido en el artículo 129 de la Ley 189-11, ajustado anualmente por inflación, en base al Índice de Precios al Consumidor, calculado por el Banco Central, por Grupos de Bienes y Servicios en el renglón vivienda, conforme al artículo 327 del Código Tributario de la República Dominicana. Pueden verse más detalles en el siguiente enlace: <https://dgii.gov.do/contribuyentesRegistrados/personasJuridicas/fiduciaria/Paginas/bonoVivienda.aspx>

²¹ Encuesta Nacional Continua de Fuerza de Trabajo, respecto al cuarto trimestre del año 2019. Publicada por el Banco Central de la República Dominicana (BCRD).

²² Diario Oficial de 15 de julio de 2010, núm. 47771.

²³ Diario Oficial de 25 de noviembre de 1918, núm. 16550.

²⁴ Se entendía por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente residía durante un plazo continuado de tres años.

²⁵ BOE de 14 de julio de 2012, núm. 168, 50428 a 50518.

²⁶ Diario Oficial de la Unión Europea, de 24 de julio de 2012, C 219/81 a C 219/84.

²⁷ BOE de 31 de diciembre de 2011, núm. 315, 146574 a 146648.

²⁸ País Vasco y Navarra. Por ejemplo, en la Comunidad Foral de Navarra, la deducción fiscal podía ir del 15% al 30% en función de la situación familiar.

²⁹ En caso de haber disfrutado de la deducción por adquisición de otras viviendas habituales anteriores, no se podía practicar deducción por la adquisición o rehabilitación de la nueva en tanto las cantidades invertidas en la misma no superen las invertidas en las anteriores, en la medida en que hubiesen sido objeto de deducción.

³⁰ BOE de 18 de diciembre de 2003, núm. 302. Referencia: BOE-A-2003-23186.

³¹ SHMUEL, J. (2019). The Canadian government is going to start helping young people by homes. LowestRate.ca [en línea] <https://www.lowestrates.ca/blog/homes/canada-going-start-buying-equity-homes-try-and-improve-affordability>, publicado en fecha 19 de marzo de 2019.

³² GONZALO ALCONADA, Á, Plan de viviendas para jóvenes diseñado por bancos y aseguradoras, *El País*, consultado en fecha 2 de septiembre de 2020. Recuperado en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/31/companias/1590929827_884867.html

³³ Santander propondrá al ICO un programa de compra de vivienda para jóvenes con hipotecas del 95%, *Expansión*, 17 de mayo de 2020. Recuperado en: <https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/05/17/5ec10886e5fdea05798b458c.html>

³⁴ Diario Oficial de 28 de diciembre de 1998, núm.43460

³⁵ Diario Oficial de 29 de diciembre de 2016, núm. 50101.

³⁶ BOE de 5 de marzo de 2019, núm. 55, de 21007 a 21024.

³⁷ BOE de 16 de abril de 1947, núm. 106. Referencia: BOE-A-1947-3843

³⁸ La opción de compra, ante las consecuencias económicas del Covid-19, parece que vuelve para hacerse espacio entre las tradicionales formas de tenencia orientada especialmente a los más jóvenes. En este sentido, pueden verse desde 2019 plataformas especializadas en arrendamiento con opción de compra como Hola Lucas: <https://www.holalucas.com/>

³⁹ BOE de 29 de diciembre de 1992, núm. 312.

⁴⁰ Diario Oficial de 4 de junio de 2004, núm. 45569.

⁴¹ Diario Oficial de 17 de julio de 2010, núm. 47771.

⁴² Ley chilena 19.281, que estable normas sobre arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa, de fecha 27 de diciembre de 1993. Publicada en el Diario Oficial núm. 34.749. Modificada por las leyes núm. 19.401, (D.O. de 28.08.95); núm. 19.623, (D.O. de 26.08.99); núm. 19.705, (D.O. de 20.12.00); núm. 19.877, (D.O. de 31.05.03).

⁴³ Diario Oficial 15 de enero de 2003, núm. 45064.

⁴⁴ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2005038495-002, 31 de octubre de 2005.

⁴⁵ Diario Oficial de 23 de diciembre de 1999, núm. 43827.

⁴⁶ BOE de 8 de septiembre de 2015, núm. 215, de 79039 a 79048.

*Trabajo recibido el 10-9-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

La atribución judicial del uso
de la vivienda familiar en los
casos de crisis matrimonial y sus
repercusiones registrales.
Segunda parte

*The judicial attribution of the use of
the family home in cases of marital
crisis and its registry repercussions.
Second part*

por

RICARDO FRANCISCO SIFRE PUIG
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Profesor asociado de la UMU
Profesor colaborador de la UCAM

RESUMEN: En esta segunda y última parte del presente trabajo, analizamos el sujeto titular del uso de la vivienda familiar, el interés jurídico protegido en la atribución judicial de este derecho de uso y los diferentes criterios para dicha atribución, según los casos, en función de la existencia de hijos menores de edad o incapacitados (con la guarda y custodia exclusiva, la guarda y custodia repartida y la compartida), de la inexistencia de hijos o de la existencia exclusiva de hijos mayores de edad, por haber superado todos los hijos la minoría de edad.

También abordamos un tema de candente actualidad, desde el punto de vista práctico, como es el de la hipoteca y otros gastos relativos a la vivienda familiar; en este sentido, aportamos numerosa jurisprudencia, a fin de que nos ayude a clarificar cuál de los cónyuges ha de soportar los diferentes gastos derivados de la vivienda familiar y del uso de la misma, una vez atribuido este uso a uno de los cónyuges (p. ej. las cuotas periódicas de amortización del préstamo hipotecario formalizado, en su caso y en su día, para financiar la adquisición de la vivienda habitual, los gastos referentes a la comunidad de propietarios, IBI, suministros o servicios de la vivienda, como luz, agua, gas, teléfono, etc...).

Por último, concluimos la segunda parte de este estudio, por un lado, con el examen de la duración del derecho de uso y de las dos, dispares y contradictorias, tendencias doctrinales y jurisprudenciales existentes, sobre el carácter indefinido o la posible limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, existiendo hijos menores de edad, y, por otro lado, con una enumeración ejemplificativa de las posibles causas de extinción del susodicho derecho de uso, haciendo especial hincapié en el examen particular del nuevo matrimonio o la convivencia marital sobrevinida del cónyuge usuario con tercera persona en la vivienda familiar.

ABSTRACT: In this second and last part of this work, we analyze the subject who owns the use of the family home, the legal interest protected in the judicial attribution of this right of use and the different criteria for said attribution, depending on the case, depending on the existence of minor or disabled children (with exclusive custody and custody, shared and shared custody and custody), the absence of children or the exclusive existence of children of legal age, since all the children have exceeded the minority old.

We also address a hot topic, from a practical point of view, such as the mortgage and other expenses related to family housing; In this sense, we provide numerous jurisprudence, in order to help us clarify which of the spouses has to bear the different expenses derived from the family home and its use, once this use is attributed to one of the spouses (p For example, the periodic repayment installments of the mortgage loan formalized, where appropriate and in due course, to finance the acquisition of the habitual residence, the expenses related to the community of owners, IBI, supplies or services of the house, such as electricity, water, gas, telephone, etc ...).

Finally, we conclude the second part of this study, on the one hand, with the examination of the duration of the right of use and of the two, disparate and contradictory, existing doctrinal and jurisprudential trends, on the indefinite nature or the possible temporal limitation of the attribution of the use of the family home, with minor children, and, on the other hand, with an exemplary list of the possible causes of extinction of the aforementioned right of use, with spe-

cial emphasis on the particular examination of the new marriage or coexistence marital supervening of the user spouse with a third person in the family home.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Nulidad matrimonial, separación o divorcio. Uso de la vivienda familiar. Sujeto titular del uso de la vivienda familiar. Interés jurídico protegido. Existencia de hijos menores o incapacitados. Guarda y custodia exclusiva. Repartida y compartida. Inexistencia de hijos. Existencia exclusiva de hijos mayores de edad. Hipoteca y gastos de la vivienda familiar. Duración y extinción del derecho de uso.

KEY WORDS: *Marital crisis. Marriage annulment. Separation or divorce. Use of the family home. Holder of the use of the family home. Protected legal interest. Existence of minor or disabled children. Exclusive custody and custody. Distributed and shared. Nonexistence of children. Exclusive existence of children of legal age. Mortgage and family home expenses. Duration and termination of the right of use.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS JURÍDICO PROTEGIDO EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. LOS CRITERIOS PARA ESTA ATRIBUCIÓN: 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS. LA GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA. 2. LA GUARDA Y CUSTODIA REPARTIDA Y LA COMPARTIDA: A) *La guarda y custodia repartida (separación de hermanos).* B) *La guarda y custodia compartida.* 3. INEXISTENCIA DE HIJOS. 4. EXISTENCIA EXCLUSIVA DE HIJOS MAYORES DE EDAD, POR HABER SUPERADO TODOS LOS HIJOS LA MINORÍA DE EDAD.—III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. LA HIPOTECA. 2. OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE USO.—V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO: 1. EXAMEN PARTICULAR DEL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL SOBREVENIDA DEL CÓNYUGE USUARIO CON TERCERA PERSONA: A) *La modificación de medidas definitivas por la circunstancia sobrevenida del nuevo matrimonio o la convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya se dijo al abordar la introducción de la primera parte, los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio producen una serie

de efectos comunes relativos a los esposos, a los hijos, al sostenimiento de unos y otros, a los bienes y vivienda familiar, etc... Y ello es así porque, como dice ALBALADEJO GARCÍA, la nulidad, la separación y el divorcio cambian la anterior situación del matrimonio.

Estos efectos comunes aparecen recogidos en el capítulo IX del título IV, libro I del Código civil, referente al matrimonio, bajo la rúbrica «*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*», artículos 90 a 101, y en el capítulo X del mismo título y libro del expresado cuerpo legal, bajo la rúbrica «*De las medidas provisionales por demandas de nulidad, separación y divorcio*», artículos 102 a 106.

Los trámites procedimentales se regulan en el capítulo IV del título I, libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «*De los procesos matrimoniales y de menores*» artículos 769 y siguientes.

El objeto del presente trabajo, dividido en dos partes, debido a su extensión y amplitud, se va a centrar en uno de esos particulares efectos de las crisis matrimoniales, en concreto: la atribución judicial del uso de la vivienda familiar y sus repercusiones registrales.

Pues bien, examinada ya la primera parte, nos queda desarrollar esta segunda y última parte.

II. EL INTERÉS JURÍDICO PROTEGIDO EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. LOS CRITERIOS PARA ESTA ATRIBUCIÓN

El enfoque del interés jurídico protegido en la atribución judicial del uso de la vivienda familiar hay que hacerlo desde las distintas perspectivas que contempla el artículo 96 del Código civil.

Y, sobre la base de esas perspectivas, se pueden diseñar los siguientes criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar:

1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS. LA GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA

Habiendo hijos menores de edad o incapacitados¹, el interés prioritario o superior es el de los hijos menores o incapacitados, por entenderse que es el más necesitado de protección, frente al interés de alguno de los cónyuges.

Así resulta del principio del «*favor filii*» (o principio de protección integral de los hijos —«*toute pour l'enfant*»—), recogido en todos los textos nacionales e internacionales de protección de la infancia, como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención

de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, la Constitución española (art. 39-4), el Código civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142-2, 154, 159 y 170) y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 2).

Concretamente, el artículo 3-1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los Tribunales, una consideración primordial a que se atenderán será el interés superior del niño. Y su artículo 27-2 dispone que incumbe a los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dice que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por eso, cuando se ha determinado la guarda y custodia exclusiva o unilateral de todos los hijos a favor de uno de los cónyuges, en defecto de pacto, el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (es decir, la atribución de la guarda y custodia exclusiva a uno solo de los cónyuges lleva aparejada la atribución del uso de la vivienda familiar²). Así resulta del artículo 96, párrafo primero, del Código civil, que lo establece de forma taxativa y sin admitir ninguna limitación temporal³.

Ahora bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor de edad o incapacitado pueda ser otra distinta de la vivienda familiar⁴.

Por último, como dice BERROCAL LANZAROT⁵, si los hijos son encomendados al cónyuge titular de la vivienda, no se plantean problemas, al recaer en la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda, y, en consecuencia, ningún derecho emerge⁶.

Pero si el beneficiario del uso no es el cónyuge titular de la vivienda familiar, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario de la vivienda familiar se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponden respecto de sus hijos, ya que la nulidad, separación y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con ellos (cfr. art. 92-1 CC), como la obligación relativa a facilitarles habitación, en una vivienda determinada, que, además, tiene que ser la que venía constituyendo la vivienda familiar.

2. LA GUARDA Y CUSTODIA REPARTIDA Y LA COMPARTIDA

A) *La guarda y custodia repartida (separación de hermanos)*

Habiendo guarda y custodia repartida, es decir, cuando se reparte entre los dos cónyuges la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, el legislador no ha establecido ningún criterio objetivo que permita atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge.

Por eso, en este supuesto concreto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez.

Así lo prescribe el artículo 96, párrafo segundo, del Código civil, al decir que «*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente*».

En opinión de BERROCAL LANZAROT, aquí el interés más necesitado de protección no tiene por qué ser, necesariamente, el de los hijos menores o incapacitados, pues no sirve para resolver el conflicto, sino que ha de acreditarse en cada caso.

Por eso, se han planteado, entre otros, los siguientes parámetros para permitir conceder el uso de la vivienda a un determinado grupo familiar y resolver los posibles conflictos que se planteen: la situación y las posibilidades económicas de los dos grupos familiares, pues es evidente que el que tenga la posición más precaria tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; el número de hijos que integra cada uno de los dos grupos familiares; el estado de salud de los progenitores y, en su caso, el de los hijos; las posibilidades de acceso a una vivienda por cada uno de los dos grupos familiares; y, en fin, la edad de los hijos⁷.

En este contexto, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, evitando la posibilidad de atribución del uso. Y si la vivienda familiar es de titularidad común, al ser el uso compartido, se puede optar bien por no otorgar el uso de la vivienda a ninguno de los dos grupos familiares, bien por dividirla —si es posible su división material—, o bien por atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada uno de los dos grupos familiares.

B) *La guarda y custodia compartida*

En los casos de guarda y custodia compartida (prevista por el art. 92 CC), al no contener el Código civil y, en concreto, su artículo 96, ningún

criterio específico de atribución del uso de la vivienda familiar, es doctrina y jurisprudencia consolidada la aplicación analógica del artículo 96, párrafo segundo, del Código civil, que deja en manos del juez resolver lo procedente⁸.

Por eso, y teniendo en cuenta que aquí el interés más necesitado de protección se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (en el ejercicio de una guarda y custodia compartida)⁹, las posibilidades de atribución del uso de la vivienda familiar son las siguientes:

a) Que se atribuya el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor que, en cada momento, los tenga bajo su guarda y custodia.

En este caso, los hijos permanecen en la vivienda y son los padres los que se desplazan, alternativamente, a la misma, en función de los respectivos periodos de ejercicio de la guarda y custodia (supuesto conocido como vivienda-nido).

b) Que se atribuya el uso de la vivienda a uno solo de los progenitores, de manera que este queda, como usuario, en la vivienda, junto con los hijos, en los periodos en los que le corresponda el ejercicio de la guarda y custodia. Y, a su vez, el otro progenitor, no usuario, saldrá de la vivienda familiar y deberá procurarse un inmueble para habitar y compartir con los hijos, cuando sea él quien los tenga en su compañía.

En este caso, son los hijos quienes cambian de domicilio y rotan entre uno y otro inmueble; y para la atribución del uso de la vivienda, se ha atender al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando diversos factores, como que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc...

c) Que se atribuya el uso de la vivienda, de forma conjunta o compartida, a ambos progenitores por periodos alternos.

En este caso, los dos progenitores rotan, mediante una alternancia en el uso de la vivienda familiar, permaneciendo en ella los hijos.

d) Que no se atribuya el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores ni a los hijos, lo que puede ocurrir, ej., porque ambos progenitores dispongan de vivienda para atender las necesidades de los hijos durante los respectivos periodos de guarda y custodia.

Por último, en los casos de guarda y custodia compartida, es regla general, seguida por la mayoría de las sentencias, la fijación de una limitación temporal en el uso de la vivienda familiar¹⁰. Con el establecimiento de esta temporalidad se pretenden armonizar dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del titular de la vivienda, que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en

los que el hijo permanece con él, y el interés del hijo a comunicarse con el progenitor al que se atribuye el uso de la vivienda familiar¹¹.

3. INEXISTENCIA DE HIJOS

No habiendo hijos (menores de edad o incapacitados), el interés jurídico superior protegido es el del cónyuge más necesitado de protección, interés que deberá ser alegado y debidamente justificado.

Por eso, el uso de la vivienda familiar se puede atribuir al cónyuge no titular de la misma, si, ponderando las circunstancias del caso, se prueba que su interés es el más necesitado de protección, y siempre con carácter temporal.

Así resulta del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, al decir *«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»*.

Ahora bien, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta medida, sino que la misma debe ser solicitada a instancia de parte (en base al principio de rogación), a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez, necesariamente, debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar.

Y, una vez solicitada la medida, como dice BERROCAL LANZAROT¹², la atribución del uso de la vivienda familiar se deja al arbitrio judicial, pues es el juez quien tendrá que valorar si el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección, siempre que, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso.

En efecto, para la aplicación del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, no es suficiente con que concurra el interés preferente del cónyuge no titular, sino que se requiere, además, la concurrencia de una serie de circunstancias personales y socioeconómicas, para que la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del inmueble del otro cónyuge.

Así pues, el juez debe decidir la atribución del uso ponderando todos los intereses en juego, porque el artículo 96, párrafo tercero, del Código civil tiene carácter excepcional y debe interpretarse restrictivamente (máxime cuando la vivienda familiar es propiedad de otro), ya que la regla general debe ser que, en ausencia de hijos, el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge propietario de la misma.

Como circunstancias personales y socioeconómicas a tener en cuenta, hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo, cuando el cónyuge no titular carece de medios económicos

que le permitan acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; las personas que, en su caso, aparte de uno de los cónyuges, se verán obligadas a abandonar la vivienda junto a él (p. ej., hijos mayores de edad sin ingresos propios suficientes para independizarse y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular); las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, como la edad, el estado de salud, la cualificación profesional; las posibilidades de uno y otro cónyuge de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc...

Y si el juez, después de valorar todas estas circunstancias, llega a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, el uso de la vivienda familiar deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. Esto porque, como concluye BERROCAL LANZAROT, la titularidad de la vivienda solo cede cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que sea el beneficiario del uso.

4. EXISTENCIA EXCLUSIVA DE HIJOS MAYORES DE EDAD, POR HABER SUPERADO TODOS LOS HIJOS LA MINORÍA DE EDAD

Es muy frecuente que, una vez alcanzada la mayoría de edad, los hijos sigan conviviendo en el domicilio familiar, bien debido a los problemas del paro juvenil, por la situación actual del mercado laboral, o bien debido a sus estudios superiores (universitarios, de formación profesional, máster, oposiciones, etc...), por lo que nos encontramos con hijos mayores de edad, pero carentes de ingresos propios y, por lo tanto, dependientes económicamente.

Pues bien, como dice ORDÁS ALONSO¹³, no hay ninguna norma en el Código civil relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, en las situaciones de crisis matrimonial, para cuando existen hijos mayores de edad que continúan viviendo en el hogar familiar, ni vinculándolo ni sin vincularlo al hecho de que carezcan de independencia económica.

El artículo 39-3 de la Constitución española impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Por su parte, el artículo 93, párrafo segundo, del Código civil dispone que «*si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución (del propio procedimiento matrimonial), fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código*».

Y, según el artículo 149, párrafo primero, del Código civil, «*El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión*

que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Así pues, la posibilidad de fijar los alimentos a los hijos mayores en el marco del proceso matrimonial no es incondicional, como sucede con los menores de edad, sino que se supedita a la concurrencia de dos presupuestos: que continúen viviendo en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios.

Y, al hilo de ello, se plantea el problema de determinar si la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores de edad está necesariamente vinculada al derecho de uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código civil y, en consecuencia, si los hijos mayores de edad tienen derecho al uso de la vivienda familiar, por representar ellos mismos un interés digno de protección.

A este respecto, existen dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales:

1. Un sector doctrinal defiende la inclusión en el párrafo primero del artículo 96 del Código civil de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de ingresos propios, lo que se traduciría en la atribución del uso de la vivienda familiar a los mismos y al cónyuge con el que conviven.

Como argumento principal de esta tesis, destaca el siguiente: la interpretación literal del primer párrafo del artículo 96 del Código civil, que se refiere «a los hijos», sin especificar que estos deban ser menores de edad; y donde la ley no distingue, no cabe distinguir. Además, el precepto alude al «cónyuge en cuya compañía queden», lo que no es sinónimo de cónyuge a cuyo favor se haya constituido la guarda y custodia. Por eso, es claro que los hijos mayores de edad caben en el tenor de la norma, pero siempre que, una vez cumplidos los dieciocho años, prueben que su falta de recursos no se debe a su pereza o falta de ganas de conseguirlos, sino a su necesidad o dependencia económica¹⁴.

2. Y otro sector doctrinal estima que la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos menores, aunque pueda haberlos mayores de edad que convivan en el hogar familiar y que carezcan de recursos propios, debe hacerse a tenor del tercer párrafo del artículo 96 del Código civil¹⁵. Ello se traducirá en la atribución del uso de la vivienda familiar no a los hijos mayores de edad, sino al cónyuge no titular, siempre que su interés sea el más necesitado de protección, y con sujeción a una limitación temporal.

Por eso, dice ORDÁS ALONSO que la mayoría de edad de los hijos coloca en situación de igualdad a los cónyuges ante el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que ya no operará el derecho preferente que deriva de la atribución de la guarda y custodia, sino el interés acreditado (del cónyuge) más necesitado de protección y por un tiempo determinado, conforme al párrafo tercero del artículo 96 del Código civil.

Los argumentos fundamentales que esgrime esta tesis son los siguientes:

- Por un lado, que el mandato constitucional (*ex art. 39 CE*) de protección de los hijos no se proyecta sobre los hijos mayores de edad.
- Y, por otro lado, que, del tenor general de los artículos 90 y siguientes del Código civil, se desprende que el empleo por el legislador del término «hijos» se circunscribe a los hijos menores de edad (sin olvidar a los incapacitados menores o mayores de edad, según la STS de 30 de mayo de 2012), en la medida en que se consideran sujetos necesitados de una especial protección; en este sentido, cita ORDÁS ALONSO los artículos 90-2; 91; 92; 93, párrafo primero; 94 y 96, párrafo primero, del Código civil.

A la polarizada controversia doctrinal y jurisprudencial expuesta ha tratado de hacer frente la STS de 5 de septiembre de 2011, que ha sentado doctrina jurisprudencial y que ha sido seguida por otras sentencias posteriores, como la Sentencia de 30 de marzo de 2012, comentada por DE LA IGLESIA MONJE¹⁶.

Como dice esta autora, la doctrina del Tribunal Supremo se basa en que no debe extenderse la protección del menor del artículo 96, párrafo primero, del Código civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad. Por eso, se declara extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad, por entenderse que dicho precepto no depara la misma protección a los mayores. El primer párrafo del artículo 96 del Código civil atribuye el uso de la vivienda a los hijos (menores) como concreción del principio «*favor filii*» o «*favor minoris*»; pero, cuando son mayores de edad rigen otras reglas¹⁷.

La citada STS de 5 de septiembre de 2011 atribuyó el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, siendo los hijos mayores de edad; en concreto, en base a la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre, atribuyó el uso a la madre, cuyo interés se consideraba más necesitado de protección.

Esta sentencia dispuso que la prestación alimenticia y de habitación del artículo 93, párrafo segundo, del Código civil a favor del hijo mayor debe aparecer desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad.

En mi opinión, esto significa que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo ya no tiene derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar, pues no tiene ningún interés protegido por el artículo 96 del Código civil; y dicho uso corresponderá al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección.

Y, en el supuesto de que el hijo mayor de edad siga necesitando una vivienda donde habitar, ello deberá reconducirse por la vía del artículo 93, párrafo segundo, en relación con los artículos 142 y siguientes del Código

civil, como hijo acreedor de alimentos, que engloba el derecho de habitación, *ex* artículo 149 del Código civil, precepto este que concede al cónyuge obligado a prestar alimentos (alimentante) la opción de satisfacerlos tasando la cantidad indispensable para la habitación o recibiendo y manteniendo en su propia casa al (hijo mayor) que tiene derecho a ellos (como alimentista).

El alimentista mayor de edad no tiene ningún derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

Y, en esta tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y, por lo tanto, única y exclusivamente a tenor no del párrafo primero, sino del párrafo tercero del artículo 96 del Código civil.

En consecuencia, si tras la mayoría de edad, los hijos eligen convivir con un progenitor y el otro es el que se encuentra más necesitado de protección, el uso de la vivienda familiar se le atribuirá a este último (con un límite temporal). Y si el uso de la vivienda familiar se le atribuye al cónyuge con el que vayan a convivir los hijos mayores, el fundamento de esa atribución se ha de basar en la propia necesidad e interés más necesitado de protección de dicho cónyuge y no en el de los hijos mayores que el artículo 96 del Código civil no tutela. Y es que no constituye un interés digno de protección con arreglo al artículo 96, párrafo tercero, del Código civil la convivencia del cónyuge usuario con sus hijos mayores, porque estos no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual de sus padres durante el matrimonio.

III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, se plantea el problema de determinar cuál de los cónyuges ha de soportar los gastos derivados de la vivienda familiar y del uso de la misma.

Dentro de estos gastos se encuentran, por un lado, los relativos al préstamo hipotecario formalizado, en su caso y en su día, para financiar la adquisición de la vivienda habitual y, por otro lado, los referentes a la comunidad de propietarios, conservación, reparación y mantenimiento de la vivienda, IBI, suministros o servicios de la vivienda, como luz, agua, gas, teléfono, etc...

1. LA HIPOTECA

Ocurre con frecuencia que uno de los cónyuges o ambos, al contraer matrimonio, adquieren una vivienda para ser destinada a domicilio fami-

liar. Dependiendo de su régimen económico matrimonial, ganancial o de separación de bienes, dicha vivienda familiar será ganancial, privativa de uno solo de los cónyuges o común en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas («*pro indiviso*»). También es posible que uno de los cónyuges aporte al matrimonio un inmueble privativo suyo, adquirido antes de contraer matrimonio, para destinarlo a vivienda habitual de la familia, una vez celebrado dicho matrimonio.

La adquisición de dicha vivienda habitual suele financiarse por medio de un préstamo hipotecario, que, por un lado, se ha de formalizar a través de la correspondiente escritura pública, autorizada por notario y otorgada por el cónyuge o cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios y/o propietarios hipotecantes y por el prestamista o acreedor hipotecario (usualmente, una entidad bancaria), y, por otro lado, se ha de inscribir, necesariamente, en el Registro de la Propiedad, como derecho real de garantía, accesorio de la obligación principal asegurada, de realización de valor (pues el inmueble hipotecado queda sujeto al «*ius distrahendi*» del acreedor) y de constitución registral. Así resulta del artículo 145 de la Ley Hipotecaria.

Además, aunque la vivienda habitual sea propiedad de uno solo de los cónyuges, para constituir la hipoteca sobre la misma, se requiere el consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, de conformidad con el artículo 1320 del Código civil.

De la deuda derivada del préstamo hipotecario responderá, por acción real o hipotecaria, el inmueble hipotecado y, por acción personal, el cónyuge o los cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios, con todo su patrimonio (ganancial y privativo), en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial universal (*ex arts. 1876 y 1911 CC, y 104 y 105 LH*).

Una vez formalizado el préstamo hipotecario, los cónyuges han de hacer frente al pago de las periódicas y sucesivas cuotas de amortización, en la forma convenida en el título constitutivo de la hipoteca (contrato de préstamo hipotecario).

Pues bien, como dice BERROCAL LANZAROT¹⁸, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial, consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio, pues el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos, exige la adopción de una serie de medidas acordadas por los cónyuges, en el convenio regulador o, en su defecto, por el juez, entre las que se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario.

Ello porque el préstamo hipotecario se ha de seguir amortizando, pagando periódicamente las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, a fin de evitar una posible ejecución hipotecaria por impago, con la consiguiente pérdida de la vivienda familiar.

Ante esta situación, BERROCAL LANZAROT señala que se han adoptado dos líneas de actuación:

- a) La línea minoritaria, que considera que los pagos del crédito hipotecario constituyen cargas del matrimonio; y ello conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que a cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de dichas cargas o hayan convenido [arts. 1318; 90-1, d); 91 y 103-3.^a CC]¹⁹.
- b) Y la línea mayoritaria, que considera que los pagos del crédito hipotecario no son cargas del matrimonio, sino una deuda del cónyuge o cónyuges prestatarios o deudores hipotecarios y/o propietarios hipotecantes, derivada del título de constitución del préstamo hipotecario²⁰.

Dentro de esta última línea, menciona BERROCAL LANZAROT la STS de 28 de marzo de 2011, en sede de sociedad de gananciales, conforme a la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, en el sentido a que se refiere el artículo 90-1, d) del Código civil, sino una deuda de la sociedad de gananciales, y, por lo tanto, incluida en el artículo 1362-2.º del Código civil. En consecuencia, corresponde pagar dicha deuda a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios, por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial²¹.

El artículo 231-5 del Código civil catalán también considera el pago de las cuotas hipotecarias dirigidas a la adquisición de la vivienda familiar como deuda y no como carga del matrimonio. Además, el artículo 233-23, párrafo primero, del citado código dispone que, en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

Así pues, como dice BERROCAL LANZAROT, el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la crisis matrimonial va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario. Y, por eso, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones inter conyugales, de modo que el convenio regulador o la sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio no pueden novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago.

Dicho de otra forma, tras la crisis conyugal, los cónyuges, deudores hipotecarios, de común acuerdo, y, en su defecto, el juez, pueden establecer una contribución desigual y distinta de la que resulte del título constitutivo de la hipoteca, en el pago del préstamo hipotecario. Y este acuerdo de asunción de pago celebrado entre ambos cónyuges deudores (o adoptado

por el juez) será válido y eficaz «*inter partes*», pero no frente al acreedor hipotecario, que mantendrá inalterable su posición crediticia, salvo que consenta (aceptando) la novación subjetiva de la obligación, en cuya hipótesis la obligación ya no se mantendría subjetivamente inalterada.

LEFEBVRE recoge una serie de sentencias en ese sentido²².

2. OTROS GASTOS RELATIVOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Por lo que respecta a los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios, dice LEFEBVRE²³ que, en principio, la doctrina del Tribunal Supremo es que los gastos de comunidad son gastos inherentes de la propiedad, según el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal («LPH»), por lo que han de ser abonados por el propietario o por los propietarios de la vivienda, en proporción a su cuota de participación en la propiedad horizontal, considerando que no cabe la asimilación del cónyuge usuario al usufructuario. En sentido, se pueden citar las SSTS de 25 de mayo de 2005, 20 de junio de 2006 y 27 de junio de 2018²⁴.

No obstante, también es cierto que el Tribunal Supremo admite que, por sentencia, se atribuya su pago a quien tenga atribuido el uso de la vivienda, en función de las circunstancias personales y patrimoniales de cada uno de los cónyuges, señalando que, a falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas, ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble.

En cualquier caso, afirma LEFEBVRE que se trata de una cuestión controvertida, porque, si bien es cierto que la Ley de Propiedad Horizontal establece, como obligación del propietario o propietarios, la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, también es cierto que, no siendo aquel el cónyuge usuario de la vivienda familiar, puede resultar excesivo que tenga que abonar, en su totalidad o en parte, los referidos gastos, en cuanto derivados de servicios comunes, como los de portería, limpieza, luz y, en general, mantenimiento de zonas comunes, que tan solo benefician, directa y personalmente, al cónyuge que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso de la vivienda familiar²⁵.

2. Por lo que respecta a los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento de la vivienda común, así como las reparaciones ordinarias que exija la vivienda (considerando como tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación), las SSTS de 28 de marzo de 2011 y de 25 de septiembre de 2014 consideran que nada obsta a que puedan atribuirse por la sentencia matrimonial al cónyuge usuario de la vivienda familiar. Y la SAP

de Madrid de 23 de mayo de 2018 contempla un supuesto de hecho que parte de un acuerdo en la relación interna entre el propietario y el usuario o poseedor inmediato de la vivienda, siendo así que la obligación de pagar los gastos frente a la comunidad recae, en último extremo, sobre el propietario.

3. Por lo que respecta a los gastos causados por las reparaciones extraordinarias que exija la vivienda y las derramas o gastos extraordinarios de la comunidad de propietarios, en cuanto derivan de obras necesarias para el mantenimiento del edificio, que afectan al valor y existencia del inmueble, deben ser abonadas por los propietarios del inmueble, en proporción a su cuota de participación en la propiedad horizontal, según Sentencias de la AP de Barcelona de 29 de marzo de 2007, de la AP de Cádiz de 6 de julio de 2010 y de la AP de Madrid de 28 de junio de 2018.

4. Por lo que respecta al Impuesto de Bienes Inmuebles («IBI»), cuyo hecho imponible lo constituye la propiedad de bienes inmuebles o la titularidad de un derecho real de usufructo, el criterio general de los tribunales es que, al no guardar ninguna relación con el uso de la vivienda, y, no siendo equiparable el derecho de uso al derecho de usufructo, este impuesto debe satisfacerse conforme al título de propiedad de la finca, según las Sentencias de la AP de Barcelona de 8 de febrero de 2007, de la AP de Murcia de 16 de julio de 2009 y de la AP de Madrid de 16 de julio de 2019.

5. Por lo que respecta a los gastos por los suministros o servicios de la vivienda familiar, como luz, agua, gas, teléfono, etc..., deben ser satisfechos por la persona que ocupa la vivienda, es decir, por el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda, según Sentencias de la AP de León de 14 de enero de 2010 y de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2007, 18 de septiembre de 2009, 23 de mayo de 2011, 27 de febrero de 2018 y 5 de abril de 2019.

Pero, como dice LEFEBVRE²⁶, puede haber excepciones impuestas por razones justificadas de amparo a los intereses familiares más necesitados de protección, pues puede suceder que el cónyuge usuario carezca de recursos o ingresos para hacer frente a esos gastos de luz, agua, gas, etc... Y, ante tal eventualidad acreditada, el cónyuge no usuario, siempre que cuente con recursos, debe responder de dichos gastos como carga familiar.

Ahora bien, esa circunstancia deberá tenerse en cuenta en la cuantificación de las pensiones alimenticias, pues esa contribución implicaría una reducción de la capacidad económica del alimentante (arts. 97-8.^a y 146 CC).

6. Por lo que respecta a los gastos por la tasa de recogida de residuos urbanos o basuras, dice LEFEBVRE que no hay un criterio pacífico.

7. Y, por lo que respecta a los gastos por el seguro del hogar, tampoco existe unidad de criterio, pues unas sentencias obligan a su pago en proporción a la cuota de propiedad (Sentencias de la AP de Asturias de 13 de mayo de 2005 y de la AP de Barcelona de 16 de febrero de 2007), mientras

que otras lo consideraran inexigible, al tratarse de una cobertura no obligatoria (SSAP de Madrid de 21 de febrero de 2007 y 18 de junio de 2018).

Por último, conviene tener en cuenta el artículo 233-23, párrafo segundo, del Código civil catalán, según el cual, en caso de atribución del uso de la vivienda, «*los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso*».

IV. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE USO

1. En primer lugar, existiendo hijos menores de edad, podemos hablar de dos tendencias jurisprudenciales dispares y contradictorias: una tendencia tradicional y otra innovadora.

a) La tendencia tradicional y mayoritaria de la jurisprudencia ha sido la de mantener la atribución indefinida del uso, como garante de la estabilidad del menor, no siendo susceptible, «*a priori*», de ninguna limitación temporal la atribución del uso de la vivienda familiar.

Esta interpretación se basa en una interpretación estricta y taxativa del artículo 96, párrafos primero y segundo, del Código civil, al considerar imperativa la aplicación de este precepto y entender que no admite una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores. Esto es así porque la atribución del uso es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez.

De este modo, el fundamento de esta posición se debe a la necesidad de protección de los menores y a la consiguiente necesidad de utilización de la vivienda familiar por parte de los mismos, porque el interés que se protege en el artículo 96, párrafo primero, del Código civil no es la propiedad de los bienes, sino los derechos del menor en los casos de crisis matrimonial, salvo pacto de los progenitores, que, incluso, en este caso, y, a su vez, deberá ser examinado y controlado por el juez, para evitar posibles perjuicios a los derechos del menor.

Y es que una interpretación correctora del artículo 96, párrafo primero, del Código civil que permitiera la atribución temporal del uso de la vivienda familiar implicaría una vulneración de los derechos de los hijos menores reconocidos en nuestra Constitución (arts. 14 y 39) y en la Ley Orgánica de Protección del Menor.

Como exponentes de esta línea, cabe destacar las Sentencias de la AP de Las Palmas de 18 de mayo y 15 de octubre de 2007 y las SSTS de 1 de abril de 2001; 14 de abril de 2011, dictada para unificación de doctrina;

21 de junio de 2011; 13 de julio y 17 de octubre de 2013; 3 de abril, 29 de mayo, 2 y 16 de junio de 2014; 18 y 29 de mayo de 2015; 21 de julio de 2016 y 22 de febrero de 2017.

b) Y la tendencia innovadora de la jurisprudencia admite la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo menor de edad, permitiendo que este uso pueda extinguirse durante la minoría de edad.

Como pone de relieve MANZANO FERNÁNDEZ²⁷, el fundamento de esta posición se debe a que la limitación temporal del uso es una medida favorecedora de todos los intereses del juego, y no solo del interés del hijo menor. Y ello porque, al contribuir a mantener un nivel económico de los dos progenitores, particularmente, del que sale de la vivienda familiar y debe sufragar los gastos de habitación en otro lugar, además de la pensión alimenticia a los hijos y la pensión compensatoria al cónyuge, la consecuencia inmediata será la posibilidad de seguir abonando la pensión alimenticia sin pasar calamidades y eliminando la situación de asfixia económica que provoca, en muchos casos, la duración ilimitada del uso de la vivienda familiar. Y es que, con la excusa de que los padres han de ceder hasta el extremo para garantizar la estabilidad de menor, el interés del niño puede comprometerse gravemente.

Por su parte, BERROCAL LANZAROT²⁸ señala que el artículo 96 del Código civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda familiar más que en su párrafo tercero, cuando no existen hijos (menores) y se atribuye el uso al cónyuge no titular.

Ahora bien, esto no permite pensar que, en el caso del párrafo primero del citado artículo 96, el derecho de uso es indefinido, sino, más bien, que no es precisa la fijación de un plazo de duración por los cónyuges, en el convenio regulador, o por el juez. Y, en todo caso, la duración de derecho de uso estaría en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que le ha servido de fundamento.

La atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial no puede perpetuarse indefinidamente, ya que el proceso matrimonial en modo alguno puede constituir una carga perpetua en el tiempo para uno de los cónyuges. Por eso, hay que exigir una limitación temporal del uso, so pena de incurrir en una «expropiación» al propietario, sin existir defensa para este. La regla del artículo 96, párrafo primero, del Código civil no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal²⁹.

En el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se acordó que el artículo 96 del Código civil sea interpretado de forma que, en todo caso, la atribución del uso de la vivienda familiar se haga siempre con carácter temporal.

Como exponentes de esta línea, cabe destacar las Sentencias de la AP de Valladolid de 17 de enero de 2007; de la AP de Alicante de 14 de enero de 2010; de la AP de Baleares de 11 de octubre de 2011; de la AP de Sevilla de 23 de enero de 2012; de la AP de Madrid de 24 de enero de 2012 y de la AP de Tenerife de 12 de abril de 2013. Igualmente, cabe citar la STS de 22 de abril de 2004, al señalar que el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código civil se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

Por otra parte, en los casos de guarda y custodia compartida, como ya se ha dicho anteriormente, es regla general, seguida por la mayoría de las sentencias, la fijación de una limitación temporal en el uso de la vivienda familiar³⁰. Con el establecimiento de esta temporalidad se pretenden armonizar dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del titular de la vivienda, que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y, por otro lado, el interés del hijo a comunicarse con el progenitor al que se atribuye el uso de la vivienda familiar³¹.

2. Y, en segundo lugar, no habiendo hijos menores de edad o cuando los hijos son mayores de edad e independientes económicamente (o, incluso, no siéndolo) o mayores de edad discapacitados o menores de edad, en los casos de custodia compartida, se considera que el derecho de uso se caracteriza por la provisionalidad y temporalidad, por lo que se impone la regla de la necesaria temporalidad del derecho, pues, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario (cfr. el art. 96, párrafo tercero, CC)³².

Como afirma BERROCAL LANZAROT³³, en estos casos, la limitación temporal del derecho de uso no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse el uso de forma indefinida, al entrar en colisión el derecho del beneficiario del uso con los legítimos derechos dominicales que corresponden al otro cónyuge sobre el inmueble, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición.

La fijación de la duración del derecho de uso se puede hacer estableciendo un plazo concreto y determinado (o un plazo máximo) o hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común. También se puede establecer esa duración del derecho de uso durante un periodo de tiempo concreto, transcurrido el cual se proceda al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común.

Por último, como ya se ha analizado con anterioridad, la doctrina más reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogida en la Resolución de 20 de octubre de 2016, parte de dos hipótesis en el marco

del Derecho civil común, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular³⁴:

— Si existen hijos menores que quedan al cuidado del cónyuge a quien se le ha atribuido el derecho de uso, no cabe imponer limitaciones temporales al uso de la vivienda familiar, si bien resultarán de modo indirecto, una vez hayan llegado los hijos a la mayoría de edad³⁵.

— Y si no hay hijos o estos son mayores de edad, al no ser necesario atender a la protección de hijos menores, como interés superior al del cónyuge propietario, necesariamente habrá de imponerse un límite temporal al derecho de uso (art. 96, párrafo tercero, CC).

V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

El derecho de uso de la vivienda familiar se puede extinguir por varias causas:

1. La destrucción total o la ruina de la vivienda familiar.

Es causa de extinción del derecho de uso; no, en cambio, la destrucción parcial, siempre que la vivienda siga sirviendo a las necesidades habitacionales del cónyuge usuario y de los hijos menores.

2. El fallecimiento del titular o beneficiario del uso.

Puede implicar la extinción del derecho de uso, por ser este un derecho personalísimo, que impide su transmisión a los herederos.

Ahora bien, a estos efectos, ORDÁS ALONSO³⁶ diferencia, por un lado, el supuesto del cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, en cuyo caso, su fallecimiento determina la extinción del derecho de uso, y, por otro lado, el supuesto en el que el uso le ha sido atribuido «*per relationem*» con la custodia de sus hijos menores de edad, por la vía del artículo 96, párrafo primero, del Código civil.

Aquí, a su vez, distingue la autora tres casos:

a) El fallecimiento de alguno de los hijos, en cuyo caso, seguirá usando la vivienda el cónyuge custodio con los hijos menores sometidos a su cuidado.

b) El fallecimiento de la totalidad de los hijos, pero no del cónyuge usuario, en cuyo caso, el uso de la vivienda atribuido por la vía del artículo 96, párrafo primero, del Código civil se extingue, sin perjuicio de que pueda serle atribuido dicho uso al cónyuge por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, si acredita tener un interés más necesitado

de protección y las circunstancias concurrentes así lo aconsejan (en todo caso, con carácter temporal).

c) El fallecimiento solo del cónyuge usuario o de este y de alguno de los hijos que permanecen en su compañía, en cuyo caso el derecho de uso a favor del cónyuge y de los hijos fallecidos se extingue. Respecto del resto, al ser menores de edad, pasarán a estar bajo el cuidado del progenitor no fallecido o, si esta medida es imposible o improcedente, se atribuirá la custodia a terceras personas o se nombrará un tutor. Esto repercutirá en el derecho de uso, siendo perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos, que permanecerán en la vivienda familiar, bajo el cuidado de su nuevo guardador, normalmente un pariente próximo.

3. La expiración del plazo de duración establecido en el convenio regulador o en la sentencia matrimonial.

En los casos de atribución del uso por la vía del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil y, según el Tribunal Supremo, también en los casos de atribución del uso con guarda y custodia compartida, se ha de establecer, necesariamente, un plazo de duración o término final.

Y, como dice ORDÁS ALONSO, la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes a la hora de pronunciarse sobre la extinción automática de tal derecho, una vez llegado el plazo estipulado o término final.

A su juicio, la llegada del término estipulado traerá, como consecuencia, la extinción del derecho de uso, sin necesidad de instar un nuevo procedimiento que así lo declare, pues bastará solicitar el desalojo inmediato de la vivienda familiar a través del trámite de ejecución de la sentencia dictada en el propio procedimiento matrimonial.

4. La extinción del derecho sobre el que se sustenta el uso.

Conlleva la extinción del derecho de uso.

Pone de relieve ORDÁS ALONSO que la atribución realizada al titular del derecho de uso es derivativa, de modo que no puede tener una posición más fuerte ni estar dotada de un contenido mayor que la que corresponde al titular de la vivienda. Por eso, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de diciembre de 1994, afirma que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso; y, siendo ello así, la atribución (del uso) de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía.

La consecuencia inmediata es que, si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados por lo dispuesto en el título, de acuerdo con la ley.

Y así, p. ej., si la vivienda era poseída en virtud de un derecho real de usufructo, una vez extinguido el usufructo sobre el que el derecho de uso se

apoya (por las causas de los arts. 513 y sigs. CC), se extinguirá el derecho de uso, con dos excepciones: la reunión del usufructo y la propiedad en la persona del usufructuario (*ex art. 513-3.º CC*) y la renuncia del usufructuario, pues, como acto de disposición que es, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil.

También, si la vivienda era poseída en virtud de un contrato de arrendamiento, una vez resuelto el arrendamiento concertado sobre la vivienda, se extinguirá el derecho de uso sobre la misma.

5. La situación de precario del cónyuge usuario.

Cuando la propiedad de la vivienda familiar es de un tercero y los cónyuges residentes en la misma se encuentran en una situación de precario, el cónyuge a quien se atribuya judicialmente el uso de aquella ostentará también la condición de precarista; y, por eso, el propietario puede recuperar la vivienda ejercitando la acción de desahucio por precario, debido a la inexistencia de un contrato con el ocupante de la vivienda y a que el derecho de uso no permite reconocer a quienes ocupan la vivienda una protección posesoria más vigorosa que la que corresponde al titular de la vivienda.

6. La división de la cosa común.

En relación con el problema relativo a la subsistencia o extinción del derecho de uso de la vivienda familiar común de los cónyuges, tras el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» (y, por lo tanto, la oponibilidad o no de este derecho de uso frente al adquirente de la vivienda), ya se ha dicho con anterioridad que el criterio doctrinal mayoritario y el de la jurisprudencia consolidada es que el ejercicio de dicha acción de división de la vivienda familiar de titularidad común, en los casos de nulidad, separación o divorcio, no afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, de modo que el derecho que otorga el artículo 400 del Código civil (división y cesación de la comunidad) coexiste con la atribución del derecho de uso de dicha vivienda familiar, pues este no actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad.

También he explicado mi posición crítica sobre esta cuestión, en el sentido de que la misma debe solventarse en función de que la división de la vivienda común la pidan los dos cónyuges, de común acuerdo, o solamente el cónyuge no usuario; y a lo expuesto me remito.

Para BERROCAL LANZAROT³⁷, la división de la cosa común puede determinar o no la extinción del derecho de uso en función de las siguientes situaciones:

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a ambos cónyuges, subsistirá el derecho de uso, aunque tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad y aunque se venda la vivienda en pública subasta, salvo que ese uso se modifique por voluntad de los interesados o por resolución judicial en un procedimiento de modificación de medidas³⁸.

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso al cónyuge no usuario y a un tercero o a este y a ambos cónyuges, y el tercero extraño —copropietario de la vivienda— decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común, se extinguirá el derecho de uso. Ello porque el tercero —cotitular— no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no puede resultar vinculado por lo que se decida en él. No se le puede imponer un gravamen, como el derecho de uso, sin su consentimiento; y, en consecuencia, jugará la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido».

En cambio, si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a un tercero y al cónyuge no usuario y este decide ejercitar la acción de división y venta de la vivienda familiar, ello debe ser calificado como acto de disposición, por lo que estará sujeto al régimen de consentimiento dual del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil.

— Si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a un tercero y a ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, no será posible imponer el uso al adjudicatario ni existirá base para que opere el citado artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, exigiendo el consentimiento del cónyuge usuario.

— Y si la vivienda familiar pertenece en proindiviso a ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, allanándose el cónyuge usuario, y habiendo consentido, además, en convenio la cesación del uso en caso de venta de la vivienda, no cabrá oponer el derecho de uso al tercero, adjudicatario de la vivienda en subasta.

7. El cambio de determinadas circunstancias del cónyuge usuario o de los hijos.

Puede motivar la extinción del derecho de uso.

Así puede ocurrir con la variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario³⁹; un cambio en la guarda y custodia de los hijos, al atribuirse esta al cónyuge no usuario; el desplazamiento subjetivo del interés familiar más necesitado de protección y el haber alcanzado los hijos la mayoría de edad.

Pero, con respecto a esto último, hay que tener en cuenta que (como ya hemos dicho con anterioridad y, según la tesis dominante) si bien la llegada a la mayoría de edad de los hijos extingue el derecho de uso de los mismos atribuido *ex* artículo 96, párrafo primero, del Código civil (aunque sigan siendo dependientes económicamente), procederá, en su caso, la aplicación del artículo 96, párrafo tercero, del Código civil, respecto del cónyuge usuario.

8. El no uso permanente, y no transitorio o puntual (p. ej., en periodos vacacionales o puentes), de la vivienda familiar, es decir, el dejar de utilizarse para cubrir las necesidades de alojamiento de la familia.

Es también causa de extinción del derecho de uso, porque de ello se deriva una falta de necesidad de ocupación.

9. La enajenación de la vivienda familiar.

Tal como hemos visto, sobre todo, al estudiar la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, un importante sector doctrinal señala que el derecho de uso inscrito subsiste cuando la vivienda familiar se enajena a un tercero, porque la atribución judicial de ese uso constituye título legítimo que justifica el uso, incluso, frente a los propietarios que traigan causa del cónyuge titular de la vivienda familiar y, porque, como derecho real, es oponible a terceros, vinculando, por lo tanto, a posteriores adquirentes del inmueble, que no podrán desconocer la eficacia del derecho de uso atribuido a los hijos.

En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de enero de 2016, estima que la enajenación voluntaria por los dos cónyuges, titular y usuario, de la vivienda familiar conlleva, como efecto primordial, la extinción del derecho de uso, y, en Resolución de 19 de julio de 2011, resalta que el titular del derecho de uso puede renunciar a él, por ejemplo, consintiendo la enajenación de la vivienda.

A mi juicio, ya he afirmado que el derecho de uso de la vivienda familiar se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con el preceptivo consentimiento dual o autorización judicial supletoria —condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil—, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de ese condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble⁴⁰.

10. La renuncia del cónyuge usuario.

Según GÓMEZ GÁLLIGO⁴¹, la renuncia del derecho de uso por parte del cónyuge usuario y custodio de los hijos menores o incapacitados, con el consentimiento del cónyuge titular, no es causa de extinción del derecho de uso, a no ser que medie la autorización judicial o, en el supuesto de hijos mayores de edad dependientes económicamente, la ratificación de estos.

ELORRIAGA DE BONIS y RODRÍGUEZ CHACÓN⁴² entienden también que, existiendo hijos (menores o incapacitados), el acuerdo extintivo de los cónyuges o la renuncia unilateral del cónyuge usuario no pueden realizarse en perjuicio de los hijos, por lo que se requiere la correspondiente autorización judicial.

A mi juicio, existiendo hijos menores de edad o incapacitados, la renuncia formal por el cónyuge titular del uso y custodia extingue el derecho de uso sobre la vivienda familiar, al menos, mediando el consentimiento del cónyuge propietario y sin necesidad de autorización judicial; ello por las siguientes razones:

— Porque la defensa del interés del hijo corresponde a los padres; y hay que tener en cuenta que el cónyuge usuario puede optar por marcharse de la vivienda familiar, eligiendo otra vivienda como residencia, en cuyo caso los hijos quedarán bajo su compañía, en su calidad de cónyuge custodio.

— Porque, como señala SALAZART BORT⁴³, no se puede restringir la libertad de circulación y residencia de todos los ciudadanos, consagrada en el artículo 19 de la Constitución española; en otras palabras, no se puede obligar a uno de los cónyuges a permanecer en la vivienda familiar, de modo que, si su voluntad es marcharse, lo hará, con o sin la aprobación judicial del correspondiente acuerdo conyugal.

— Porque si la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia aceptan que el cese en el efectivo uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge titular del uso provoca la extinción del derecho de uso, lo mismo ocurrirá con la renuncia formal del derecho de uso por parte de dicho cónyuge.

— Y porque si, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de enero de 2016, la enajenación voluntaria por los dos cónyuges, titular y usuario, de la vivienda familiar conlleva, como efecto primordial, la extinción del derecho de uso, y si, como también afirma el Centro Directivo, en Resolución de 19 de julio de 2011, el cónyuge titular del derecho de uso puede renunciar a él, por ejemplo, consintiendo la enajenación de la vivienda, igualmente será válido el acuerdo extintivo de los cónyuges o la renuncia unilateral del cónyuge atributivo del uso.

11. El nuevo matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero en la vivienda familiar.

Esta polémica y controvertida causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar va a ser objeto de un particular examen en el subepígrafe siguiente.

Por último, como expone ORDÁS ALONSO con referencia a las diferentes causas de extinción del derecho de uso, hay circunstancias que se traducen en una automática extinción, sin más requerimientos, mientras que la mayoría de ellas hacen necesario acudir a un procedimiento judicial de modificación de medidas por modificación de las circunstancias, para que la autoridad judicial se pronuncie sobre el particular.

Ello partiendo de la base de que las medidas definitivas adoptadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, y, entre ellas, la relativa a

la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, pueden verse modificadas, siempre que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, *ex* artículos 90 y 91 del Código civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. EXAMEN PARTICULAR DEL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL SOBREVENIDA DEL CÓNYUGE USUARIO CON TERCERA PERSONA

Dice LEFEBVRE⁴⁴ que la vivienda sobre la que se establece el uso es aquella en la que la familia convivió como tal antes de la quiebra familiar. Y este estatus de vivienda familiar desaparece con la entrada de un tercero, pareja del progenitor usuario y custodio, porque la vivienda deja de servir a los fines del matrimonio.

No se niega que, al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad, el cónyuge usuario y custodio pueda establecer nuevas relaciones de pareja con quien estime conveniente. Lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio del progenitor no usuario y no custodio.

Y es que, tras la ruptura del matrimonio, una nueva relación de pareja tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la vivienda familiar e, incluso, en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente y que deberán tenerse en cuenta en relación a lo que aquí se cuestiona, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código civil.

Añade LEFEBVRE que el interés prevalente del menor puede satisfacerse no solo con el hecho de mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio. Y ese interés, aunque prioritario, no puede desvincularse absolutamente del interés de sus padres, si es posible conciliarlos.

Pues bien, sobre la base de estas consideraciones, se plantea el problema de las posibles repercusiones del ulterior matrimonio o la convivencia marital (*«more uxorio»*) del cónyuge usuario y custodio con una tercera persona en la propia vivienda familiar; y, en concreto, el problema de la subsistencia o extinción del derecho de uso sobre la casa familiar.

La doctrina y la jurisprudencia no tienen una respuesta unánime.

Buena parte de la jurisprudencia ha venido considerando que el ulterior matrimonio o la convivencia análoga al matrimonio del progenitor usuario y custodio (con un tercero) en nada afecta a la atribución a los hijos co-

munes del uso de la vivienda familiar y, por lo tanto, no puede suponer la extinción del derecho de uso.

Y así, MANZANO FERNÁNDEZ⁴⁵, en un detallado estudio sobre esta cuestión, recoge varias sentencias que van en esa dirección.

La STS de 19 de enero de 2017 afirma que, por ser la vivienda uno de los derechos humanos fundamentales y por ser un reducto de la intimidad de su titular, en uso de su libertad personal, el progenitor a quien se le atribuye el uso puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime conveniente, pues la inviolabilidad del domicilio determina no solamente la facultad de excluir o impedir la entrada y permanencia en el mismo de cualquier persona, sino también la de permitir la entrada y permanencia en su domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Entenderlo de otro modo conduciría a impedir al cónyuge o progenitor custodio su convivencia con hijos habidos de otras uniones, con infracción del deber constitucional de prestar asistencia a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio⁴⁶.

La SAP de Lérida de 17 de noviembre de 2015 señala que no puede establecerse ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores por esta circunstancia, porque lo que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos del menor.

Por su parte, la SAP de Madrid de 10 de julio de 2017 se decanta a favor de la ocupación de la vivienda familiar por un tercero, aun sin el consentimiento del cónyuge titular, argumentando:

— Que no integra un supuesto de abuso de derecho, pues el comportamiento que se reprocha al cónyuge usuario y custodio (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja) no resulta contrario a la ley, sin que concurra, por lo demás, el requisito del daño que exige el artículo 7-2 del Código civil.

— Que no hay perjuicio económico derivado de la utilización de la vivienda por un tercero que no paga nada por ello (y que, además, tiene una vivienda en propiedad), sino que dicho perjuicio trae causa de la prevalencia del interés de los menores y no del comportamiento del cónyuge usuario y custodio, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso, a la finalidad que le es propia.

— Y que, como el Código civil no contempla la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por convivencia marital del cónyuge ocupante, ni siquiera para el caso de que no haya hijos comunes, solo cabe entender que se haya podido producir una «alteración sustancial de las circunstancias» que podrían motivar la modificación de la medida. Sin embargo, dado que el criterio de atribución del uso suele ser el del interés de los hijos, si este no ha cambiado, la ocupación por un tercero no

se considera, en general, con fuerza suficiente para entender producida la alteración sustancial citada⁴⁷.

En cambio, hay sentencias, recogidas también por MANZANO FERNÁNDEZ y LEFEBVRE, que se decantan por la incompatibilidad del derecho de uso y la convivencia marital con un tercero, cuando la atribución del uso tiene como beneficiarios al cónyuge y a los hijos. Ello porque el título de ocupación no permite el uso a personas ajenas al entorno familiar.

Y así, la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 razona que resulta absurdo que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial, asignada al cónyuge y al hijo de su matrimonio, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad de acción del cotitular de la vivienda, concluyendo que, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con una tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que, a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio, debe ordinariamente suceder, forme un nuevo hogar, renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando. Así se conjugan perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor y el principio que impide el enriquecimiento y el abuso del derecho⁴⁸.

Para la SAP de Madrid de 12 de junio de 2018, el supuesto de hecho que estamos analizando constituye una extralimitación no contemplada, en modo alguno, en la inicial regulación del mentado derecho de uso, que contemplaba, como únicos beneficiarios del mismo, a la madre y a los hijos, dándose, además, la circunstancia de tratarse de una vivienda de exclusiva titularidad del otro progenitor.

Y la SAP de Valencia de 20 de julio de 2015 entiende que el supuesto de hecho es posible causa de extinción del derecho de uso, por implicar un cambio sustancial de las circunstancias⁴⁹.

Por último, también en esta línea, hay que resaltar la STS de 20 de noviembre de 2018, que ha dado un importantísimo giro a la orientación de sus fallos anteriores, al sentar, como doctrina jurisprudencial, que la convivencia estable del cónyuge usuario con un tercero es causa de extinción del uso de la vivienda familiar.

En efecto, como expone MANZANO FERNÁNDEZ, esta sentencia del Tribunal Supremo ha resuelto la controvertida cuestión de los efectos que produce la convivencia con una nueva pareja de la progenitora que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores.

El Pleno afirma que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, se podía seguir considerando como vivienda familiar, en cuanto servía a un determinado grupo familiar,

aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y en el ámbito material de la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar, por servir, en su uso, a una familia distinta y diferente.

Por eso, no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el cónyuge custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos progenitores.

A todo ello añade el Alto Tribunal la siguiente argumentación:

— *Primero*: la presencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus del domicilio familiar.

No se cercena el derecho de establecer nuevas relaciones de la pareja tras el divorcio; pero esa nueva relación no puede actuar en contra del progenitor no usuario y no custodio, porque tiene influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e, incluso, en el interés de los hijos, al introducirse nuevos elementos de valoración que primitivamente no se tuvieron en cuenta.

— *Segundo*: el interés del menor es una suma de distintos factores.

Para evitar la desestabilización del niño, no solo es primordial mantenerlo en el mismo ambiente, sino también que los padres den una respuesta adecuada a los problemas económicos.

La doble ubicación de los progenitores comporta una serie de gastos, sobre todo en las economías más débiles, cuando uno de aquellos debe abandonar el domicilio familiar. Si es posible atender el interés del menor con una vivienda alternativa y valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, deben respetarse todos los intereses legítimos concurrentes.

En el supuesto de hecho, el carácter ganancial del inmueble favorece la posibilidad real de seguir ocupándolo, si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y se adquiere otra vivienda.

— *Tercero*: el derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Por eso, se mantiene mientras la casa conserve el carácter de vivienda familiar, pero se pierde cuando el inmueble no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial.

Así pues, esta sentencia ha roto el criterio tradicional del Tribunal Supremo de atender únicamente al interés del menor para la atribución del uso de la vivienda familiar y el mantenimiento de la misma hasta la mayoría de edad de los hijos.

BERROCAL LANZAROT⁵⁰ y ORDÁS ALONSO⁵¹ entienden que los cónyuges, en el convenio regulador, pueden acordar, como causa de extinción del derecho de uso, el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona, por servir en su uso la vivienda familiar a una familia diferente.

Y, de no existir tal pacto en el convenio regulador, el cónyuge no usuario puede solicitar dicha extinción a través de un procedimiento judicial de modificación de medidas, por suponer un cambio sustancial de las circunstancias que determinaron la inicial atribución del uso de la vivienda familiar. Ello al entender que el núcleo familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado alterado en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar y generando, con ello, una total desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente pactado a favor de la originaria unidad familiar monoparental (cónyuge custodio e hijos menores de edad), siendo indiferente que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges o únicamente al cónyuge no usuario⁵².

A) La modificación de medidas definitivas por la circunstancia sobrevenida del nuevo matrimonio o la convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar

Afirma MANZANO FERNÁNDEZ que la posibilidad de la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra pareja está prevista en la legislación catalana.

En cambio, el Código civil solo valora el ulterior matrimonio o la convivencia marital del progenitor custodio con un tercero en orden a la extinción de la pensión compensatoria (art. 101 CC), pero no en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Sin embargo, como reconoce MANZANO FERNÁNDEZ, citando a CUENA CASAS, la entrada en escena de la nueva pareja conviviente con el beneficiario del uso supone un detrimento económico del cónyuge no usuario y no custodio, que «mantiene», al menos, en lo que a la habitación se refiere, a la nueva pareja de su excónyuge (pareja ajena al procedimiento y beneficiaria de facto, sin haber sido designada como tal en la resolución judicial que atribuye el uso), y genera situaciones de impotencia y conflicto que perjudican al menor directamente, además de conllevar un abuso de derecho y un enriquecimiento injusto costado por el cónyuge no usuario y titular de la vivienda.

Por eso, ante la eventualidad de que no se acepte por el tribunal juzgador la extinción del uso de la vivienda familiar, se ha planteado la posibilidad de la

modificación de las medidas definitivas judicialmente adoptadas, estableciendo una indemnización de los daños y perjuicios causados o una compensación económica a favor del cónyuge no usuario y titular de la vivienda, por implicar el nuevo matrimonio o la referida convivencia «*more uxorio*» un cambio o alteración sustancial de las circunstancias, en virtud de los artículos 90-3 y 91 del Código civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sin perjuicio de la extinción de la pensión compensatoria por dicho nuevo matrimonio o convivencia marital del perceptor de aquella con un tercero, *ex art.* 101 CC).

De este modo, la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014 estimó procedente la medida consistente en la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los hijos menores, al convivir en la vivienda el excónyuge con su nueva pareja y el hijo de ambos, junto a los hijos comunes de los excónyuges.

Entiende la sentencia que se trata de un hecho nuevo y de entidad suficiente que debe tener trascendencia en el orden económico, por lo que la medida económica adecuada es la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada, en su día, en la sentencia de divorcio. Los gastos de comunidad y los de la empleada de hogar, que se valoraron para cuantificar la pensión de alimentos, son gastos de los que, ahora, se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, por lo que, al formar la vivienda familiar parte integrante del concepto de alimentos, está obligación deberá recaer sobre ambos progenitores y no solamente sobre el no usuario y no custodio.

En sentido similar se pronuncian las SSTs de 19 de enero y 8 de marzo de 2017 y la SAP de Tenerife de 10 de junio de 2013.

VI. CONCLUSIONES

I. Tal como ya se resaltó en las conclusiones de la primera parte, en mi opinión, y, como conclusión central del presente trabajo, que ha guiado el hilo conductor del mismo, el derecho de uso sobre la vivienda familiar no es un derecho real porque, si lo fuera, no sería preciso el consentimiento del cónyuge usuario que exige el artículo 96 del Código civil para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma.

En realidad, creo que se puede afirmar que es un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y «*sui generis*», que se caracteriza por tres notas fundamentales:

— Porque atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, eliminando o destruyendo, así, la posesión compartida o coposesión existente hasta el momento de la crisis matrimonial.

— Porque produce, como efecto único, exclusivo y consustancial, una limitación, oponible «*erga omnes*», impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda; consentimiento o autorización judicial supletoria que es condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, de modo que el acto dispositivo realizado sin ese requisito será anulable, por incumplimiento de dicho condicionante. Y, para que esta limitación o prohibición de disponer sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

— Y porque se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con ese preceptivo consentimiento o autorización judicial supletoria, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de esa premisa o condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble.

Si ello es así, a mi juicio, lo que es oponible «*erga omnes*» y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical, y tan solo, mediatamente, el derecho de ocupación, en caso de incumplimiento del condicionante ínsito en dicha limitación o prohibición: el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial supletoria para el acto dispositivo realizado sobre el hogar familiar.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 135/1986, de 31 de octubre

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de septiembre de 1988
- STS de 2 de mayo de 1990

- STS de 13 de diciembre de 1991
- STS de 11 de diciembre de 1992
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 25 de mayo de 1993
- STS de 29 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 18 de febrero de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 4 de abril de 1997
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de enero de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 3 de mayo de 1999
- STS de 1 de abril de 2001
- STS de 15 de febrero de 2002
- STS de 11 de diciembre de 2002
- STS de 28 de marzo de 2003
- STS de 22 de abril de 2004
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 25 de mayo de 2005
- STS de 26 de diciembre de 2005
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 20 de junio de 2006
- STS de 26 de junio de 2007
- STS de 5 de noviembre de 2008
- STS de 3 de diciembre de 2008
- STS de 14 de enero de 2009
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 18 de enero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 28 de marzo de 2011
- STS de 1 de abril de 2011
- STS de 14 de abril de 2011
- STS de 21 de junio de 2011
- STS de 5 de septiembre de 2011
- STS de 27 de febrero de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 9 de mayo de 2012

- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 31 de mayo de 2012
- STS de 22 de noviembre de 2012
- STS de 26 de noviembre de 2012
- STS de 22 de enero de 2013
- STS de 5 de febrero de 2013
- STS de 15 de marzo de 2013
- STS de 17 de junio de 2013
- STS de 13 de julio de 2013
- STS de 17 de octubre de 2013
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 19 de noviembre de 2013
- STS de 12 de febrero de 2014
- STS de 17 de febrero de 2014
- STS de 3 de abril de 2014
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 2 de junio de 2014
- STS de 16 de junio de 2014
- STS de 25 de septiembre de 2014
- STS de 24 de octubre de 2014
- STS de 28 de noviembre de 2014
- STS de 16 de enero de 2015
- STS de 6 de marzo de 2015
- STS de 1 de abril de 2015
- STS de 18 de mayo de 2015
- STS de 29 de mayo de 2015
- STS de 15 de julio de 2015
- STS de 30 de octubre de 2015
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 21 de septiembre de 2016
- STS de 6 de octubre de 2016
- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 22 de febrero de 2017
- STS de 8 de marzo de 2017
- STS de 20 de junio de 2017
- STS de 13 de septiembre de 2017
- STS de 22 de septiembre de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 10 de enero de 2018
- STS de 14 de febrero de 2018
- STS de 20 de febrero de 2018

- STS de 9 de mayo de 2018
- STS de 27 de junio de 2018
- STS de 20 de noviembre de 2018
- STS de 12 de junio de 2020

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- ATSJ de Cataluña de 11 de abril de 1994

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante de 17 de julio de 2008
- SAP de Alicante de 14 de enero de 2010
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2011
- SAP de Alicante de 22 de junio de 2018
- SAP de Almería de 29 de junio de 1994
- SAP de Almería de 19 de marzo de 2007
- SAP de Asturias de 10 de julio de 1995
- SAP de Asturias de 29 de abril de 1998
- SAP de Asturias de 16 de junio de 2004
- SAP de Asturias de 13 de mayo de 2005
- SAP de Badajoz de 5 de mayo de 2011
- SAP de Baleares de 25 de octubre de 1999
- SAP de Baleares de 23 de septiembre de 2002
- SAP de Baleares de 5 de febrero de 2003
- SAP de Baleares de 11 de octubre de 2011
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 1989
- SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1993
- SAP de Barcelona de 22 de marzo de 1999
- SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 1999
- SAP de Barcelona de 10 de enero de 2001
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2004
- SAP de Barcelona de 5 de julio de 2005
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2006
- SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2007
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008
- AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona de 20 de julio de 2016

- SAP de Burgos de 9 de diciembre de 2003
- SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012
- SAP de Cáceres de 11 de junio de 2002
- SAP de Cáceres de 21 de julio de 2010
- SAP de Cádiz de 16 de septiembre de 2002
- SAP de Cádiz de 6 de julio de 2010
- SAP de Cádiz de 7 de junio de 2011
- SAP de Cádiz de 14 de junio de 2016
- SAP de Ciudad Real de 5 de febrero de 2003
- SAP de La Coruña de 25 de febrero de 2011
- SAP de La Coruña de 31 de octubre de 2012
- SAP de La Coruña de 15 de marzo de 2016
- SAP de Gerona de 16 de abril de 2012
- SAP de Guadalajara de 7 de diciembre de 2012
- SAP de Huelva de 21 de octubre de 2013
- SAP de León de 26 de mayo de 1999
- SAP de León de 30 de diciembre de 2008
- SAP de León de 14 de enero de 2010
- SAP de Lérida de 17 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000
- SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001
- SAP de Madrid de 13 de marzo de 2003
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2005
- SAP de Madrid de 19 de julio de 2005
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2007
- SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2007
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 17 de abril de 2008
- SAP de Madrid de 18 de septiembre de 2009
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 24 de enero de 2012
- SAP de Madrid de 7 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 8 de enero de 2014
- SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 19 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 29 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 18 de febrero de 2016
- SAP de Madrid de 10 julio de 2017

- SAP de Madrid de 27 de febrero de 2018
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2018
- SAP de Madrid de 12 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 18 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 2 de abril de 2019
- SAP de Madrid de 5 de abril de 2019
- SAP de Madrid de 16 de julio de 2019
- SAP de Madrid de 17 de julio de 2019
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2004
- SAP de Málaga de 8 de abril de 2016
- SAP de Murcia de 2 de junio de 2003
- SAP de Murcia de 1 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 26 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 22 de mayo de 2006
- SAP de Murcia de 11 de septiembre de 2007
- SAP de Murcia de 5 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 19 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 16 de julio de 2009
- SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2009
- SAP de Murcia de 8 de octubre de 2012
- SAP de Navarra de 25 de mayo de 1999
- SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001
- SAP de Las Palmas de 22 de julio de 1998
- SAP de Las Palmas de 18 de mayo de 2007
- SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 2007
- SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2015
- SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016
- SAP de Sevilla de 25 de abril de 2005
- SAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2007
- SAP de Sevilla de 23 de enero de 2012
- SAP de Sevilla de 20 de junio de 2013
- SAP de Tenerife de 12 de abril de 2013
- SAP de Tenerife de 10 de junio de 2013
- SAP de Toledo de 23 de marzo de 1995
- SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002
- SAP de Valencia de 17 de junio de 2004
- SAP de Valencia de 23 de julio de 2008
- SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2011
- SAP de Valencia de 1 de junio de 2015
- SAP de Valencia de 20 de julio de 2015
- SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995

- SAP de Valladolid de 17 de enero de 2007
- SAP de Valladolid de 19 de junio de 2015
- SAP de Vizcaya de 30 de abril de 2004
- SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 2009
- SAP de Vizcaya de 15 de enero de 2010

5. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 25 de febrero de 1988
- RDGRN de 9 de marzo de 1988
- RDGRN de 10 de marzo de 1988
- RDGRN de 30 de marzo de 1995
- RDGRN de 10 de noviembre de 1995
- RDGRN de 1 de septiembre de 1998
- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 5 de febrero de 2003
- RDGRN de 18 de octubre de 2003
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 21 de junio de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 25 de octubre de 2005
- RDGRN de 21 de enero de 2006
- RDGRN de 3 de junio de 2006
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007
- RDGRN de 18 de enero de 2008
- RDGRN de 21 de enero de 2008
- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 10 de octubre de 2008
- RDGRN de 29 de octubre de 2008
- RDGRN de 14 de mayo de 2009
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009
- RDGRN de 10 de octubre de 2010
- RDGRN de 9 de enero de 2011
- RDGRN de 1 de marzo de 2011
- RDGRN de 1 de abril de 2011

- RDGRN de 14 de abril de 2011
- RDGRN de 21 de junio de 2011
- RDGRN de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 11 de abril de 2012
- RDGRN de 19 de mayo de 2012
- RDGRN de 30 de mayo de 2013
- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 9 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de mayo de 2014
- RDGRN de 2 de junio de 2014
- RDGRN de 26 de julio de 2014
- RDGRN de 29 de septiembre de 2014
- RDGRN de 16 de octubre de 2014
- RDGRN de 24 de octubre de 2014
- RDGRN de 23 de marzo de 2015
- RDGRN de 8 de abril de 2015
- RDGRN de 18 de mayo de 2015
- RDGRN de 29 de mayo de 2015
- RDGRN de 21 de septiembre de 2015
- RDGRN de 11 de noviembre de 2015
- RDGRN de 19 de enero de 2016
- RDGRN de 27 de febrero de 2016
- RDGRN de 5 de septiembre de 2016
- RDGRN de 20 de octubre de 2016
- RDGRN de 4 de septiembre de 2017
- RDGRN de 27 de diciembre de 2017
- RDGRN de 11 de enero de 2018
- RDGRN de 8 de marzo de 2018
- RDGRN de 30 de mayo de 2018
- RDGRN de 16 de mayo de 2019
- RDGRN de 20 de junio de 2019

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2010). La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Diario La Ley*, núm. 7378, 12 de abril de 2010, 1-8.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil, tomo III, volumen segundo*, 6.^a edición, Barcelona: Bosch.

- (2008). *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 11.^a edición, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2005). *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Lex Nova.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 3458-3508.
- (2014). Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1347-1375.
- (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1964-2005.
- (2019). La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2002-2042.
- CALMARZA CUENCAS, E. (2018). La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 37, 22-36.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1583-1626.
- CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda habitual. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Vol. III*, 2.^a edición, Pamplona: Aranzadi, 297.
- CURIEL LORENTE, F. (2002). Las situaciones anómalas del matrimonio ante el Registro de la Propiedad. En: F. Corral Dueñas (coord.). *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España, años 1986-2001*, tomo I, Madrid: Colegio de Registradores, 431.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2011). Atribución temporal del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 3451-3463.
- (2012). Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2836-2851.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2359-2379.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 897.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2012). La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 3.
- DROMANT JARQUE, G. (2005). Comentario al trabajo de M.^a T. Martín Meléndez, Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar, atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio, y sus consecuencias, en especial en los actos de disposición, *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 412, 35-41.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 74.

- GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a. (1987). *Derecho civil español, común y foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen primero*, 11.^a edición, Madrid: Reus.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2019) *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario, tomo II*, 1.^a edición, Pamplona: Civitas, Aranzadi, Thomson Reuters.
- GARCÍA-VALDECASAS y ALEX, F.J. (1996). Uso familiar: un nuevo derecho. *Lunes cuatro treinta*, núm. 191, 20-25.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por ex cónyuges renunciando al derecho de uso. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 67, 167-168.
- (1996). Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 68, 146-148.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2519-2525.
- (2013). La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 1133-1150.
- (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2013). Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2203-2252.
- ISAC AGUILAR, A. (1986). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1721-1735.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1993) Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. *Boletín del Colegio de Registradores* núm. 296, 1940-1947.
- LEFEBVRE, F. (2019). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Colección Derecho de Familia, 4.^a ed., Madrid: Lefebvre-el Derecho S.A.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2012). El derecho de uso *ex artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 111-136.
- LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 88-116.
- LUNA SERRANO, A. (1990). Invalidez, relajación y disolución del matrimonio. En: J.L. Lacruz Berdejo. *Derecho de familia, volumen primero*, 3.^a edición, Barcelona: Bosch, 245-246.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. (2012). La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- (2012). La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 907-934.

- MANZANO FERNÁNDEZ, M. (2019) Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 774, 1779-1806.
- MORENO VELASCO, V. (2009). Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho. *Diario la Ley*, 2 de febrero de 2009, edición digital, 2.
- MOYA MEDINA, S. (2006). Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales (I). *Base de Datos el Derecho*, 4-5.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, 1.ª edición, Las Rozas (Madrid): Bosch, Wolters Kluwer España S.A.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar versus derecho de propiedad (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 6.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar. En: *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª edición, Valladolid: Lex Nova, 524. Cfr., igualmente, las SSTs de 21 de julio de 2016 y 13 de septiembre de 2017.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Reus, 25.
- ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Ministerio de Justicia, Tomo 51 *Comentarios al Código civil*. Madrid, 401.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 56.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación). *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* núm. 553, 1599-1626.
- RUIZ RICO, J.A. (1993). Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296, 1929-1940.
- SALAZART BORT, S. El uso de la vivienda familiar. (2006). En: J.M. Llopis Giner (dir.). *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 188.
- SANTOS MORÓN, M.ª. J. (2014). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma. *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, 1-36.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 107-108.
- TENA PIAZUELO, I. (2016). Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 11-12.

NOTAS

¹ Según la STS de 30 de mayo de 2012, aunque el artículo 96-1 del Código civil no mencione a los hijos incapacitados, deben incluirse en este precepto (en los casos de prórroga o rehabilitación de la patria potestad, *ex art.* 171 CC) y, por lo tanto, deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección que el de los menores.

² Ello no obstante, como señala LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 34-35, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de contemplar supuestos concretos no previstos en el artículo 96, párrafo primero, del Código civil, donde no es posible la aplicación de la literalidad de la norma. Y, así, p. ej., en Sentencia de 14 de febrero de 2018, declara el Alto Tribunal que no cabe la atribución automática del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de las partes y al cónyuge en cuya compañía queden, cuando en dicha vivienda conviven también hijos menores del otro progenitor, fruto de una relación anterior, de los que ostenta, además, su guarda y custodia, debiéndose ponderar, en ese caso, el interés más necesitado de protección.

³ Todo ello a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones forales, como la de Cataluña, el País Vasco y Aragón, donde, como regla de principio, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos, si bien ello admite excepciones.

⁴ Máxime cuando la vivienda pertenece a un tercero y el cónyuge usuario y los hijos pueden ser desalojados en cualquier momento mediante el ejercicio de una acción de desahucio por precario, lo que puede llevar al tribunal a asignar otra vivienda para salvaguardar el interés superior del menor; *cfr.* la STS de 15 de marzo de 2013 y la SAP de Murcia de 26 de octubre de 2004.

⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar..., *op. cit.*, 2008-2011.

⁶ *Cfr.* la RDGRN de 10 de octubre de 2008.

⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar. En: *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª edición, Valladolid: Lex Nova, 524. *Cfr.*, igualmente, las SSTS de 21 de julio de 2016 y 13 de septiembre de 2017.

⁸ *Cfr.*, entre otras, las SSTS de 24 de octubre de 2014, 22 de septiembre de 2017, 20 de febrero de 2018 y 12 de junio de 2020.

⁹ *Cfr.* las SSTS de 24 de octubre de 2014 y 10 de enero de 2018.

¹⁰ *Cfr.* las SSTS de 22 de septiembre de 2017, 10 de enero y 9 de mayo de 2018 y 12 de junio de 2020.

¹¹ *Cfr.* la STS de 24 de octubre de 2014.

¹² BERROCAL LANZAROT, A.I. (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1972.

¹³ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 244-249.

¹⁴ Como seguidores de esta opinión, cita ORDÁS ALONSO, entre otros, a ABAD ARENAS, CUENA CASAS, ROCA TRÍAS y SANTOS BRIZ. En igual sentido, la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005.

¹⁵ Partidarios de esta postura, seguida por ORDÁS ALONSO, se muestran, entre otros, GARCÍA CANTERO, GUILARTE MARTÍN-CALERO, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ y DE VERDA Y BEAMONTE, todos ellos citados por ORDÁS ALONSO. Por su parte, el Código civil de Cataluña, en su artículo 233-20.3.b), establece la atribución del uso al cónyuge más necesitado, si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad; y, en su artículo 233-24.1, contempla como causa de extinción del derecho de uso la finalización de la guarda.

¹⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2012). Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2836-

2851. Destacan también, entre otras, las SSTs de 11 de noviembre de 2013; 12 de febrero de 2014; 29 de mayo de 2015; 6 de octubre de 2016; 20 de junio y 27 de septiembre de 2017; y, en el ámbito de la jurisprudencia menor, las Sentencias de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2015 y de la AP de Cádiz de 14 de junio de 2016.

¹⁷ Hay que tener en cuenta la diferencia de tratamiento legal que reciben los hijos menores frente a los mayores de edad. Y así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional del artículo 39 de la Constitución española, no ocurre lo mismo en el caso de los mayores de edad, salvo que una ley así lo establezca. Y este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad, por entender que el artículo 96 del Código civil no depara la misma protección a los mayores.

¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., Aspectos relevantes en torno..., *op. cit.*, 1978-1981.

¹⁹ Como defensores de este criterio, cita BERROCAL LANZAROT a FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO y a PÉREZ MARTÍN. En esta misma línea, las Sentencias de la AP de Asturias de 10 de julio de 1995; de la AP de Ciudad Real de 5 de febrero de 2003; de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2005; de la AP de Murcia de 22 de mayo de 2006; de la AP de Madrid de 17 de abril de 2008 y de la AP de Murcia de 5 de febrero de 2009.

²⁰ Como defensores de este criterio, cita BERROCAL LANZAROT a RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, a CASTILLA BAREA y a CABEZUELO ARENAS. En esta misma línea, las Sentencias de la AP de León de 26 de mayo de 1999; de la AP de Barcelona de 20 de septiembre de 1999; de la AP de Valencia de 17 de junio de 2004; de la AP de Murcia de 1 de octubre de 2004; de la AP de Alicante de 17 de julio de 2008; de la AP de Vizcaya de 15 de enero de 2010 y de la AP de la Coruña de 25 de febrero de 2011.

²¹ También cita BERROCAL LANZAROT otras SSTs que optan por la misma solución, la cual se ha mantenido como doctrina jurisprudencial hasta la actualidad: las Sentencias de 5 de noviembre de 2008; de 22 y 26 de noviembre de 2012; de 17 de febrero de 2014; y de 21 de julio y 21 de septiembre de 2016.

²² La SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011, haciendo uso de la posibilidad de establecer cautelas en relación al uso de la vivienda (*ex art. 91 CC*), acuerda que, en tanto subsista la disparidad económica entre los propietarios de la vivienda, las cuotas hipotecarias se abonen en diferente proporción por cada excónyuge, sin perjuicio de la repercusión de este mayor abono en la liquidación de la sociedad de gananciales. Por una vía similar y al amparo del mismo precepto, la SAP de Badajoz de 5 de mayo de 2011 acuerda que el único condueño que percibe ingresos se haga cargo provisionalmente del pago de los recibos hipotecarios, pues, de lo contrario, dada la ausencia de ingresos del otro, se haría ilusoria la atribución del uso de la vivienda y correría peligro, incluso, la propia titularidad ganancial de la vivienda. La SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 2009 impone el pago del préstamo hipotecario por entero al no beneficiario de la atribución del uso, considerándolo como una carga el matrimonio, que luego será tenida en cuenta en la liquidación del régimen económico matrimonial. Y la SAP de León de 30 de diciembre de 2008 entiende que, si bien la cuestión de quién paga el crédito hipotecario excede del ámbito de una sentencia de nulidad, separación o divorcio, puede en sentencia acordarse la obligación de pago como mera cautela o garantía, para asegurar el pago de deudas claramente gananciales, de cuya ineffectividad se puede derivar la pérdida de la vivienda familiar. En el Encuentro de jueces y abogados de familia de 2015 se señaló que en los procesos de familia contenciosos el juez debe pronunciarse sobre el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar común, sin modificar el título constitutivo, pues el acreedor hipotecario no interviene en el proceso y, por lo tanto, no puede verse afectado por la sentencia matrimonial y menos por los pronunciamientos que en la misma se recogen sobre la forma de pago de la hipoteca. LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 80.

²³ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 80 y 81.

²⁴ Esto contrasta con el criterio de algunas Audiencias Provinciales, que optan por la asunción de estos gastos por mitad entre ambos cónyuges (cfr. las Sentencias de la AP de Cáceres de 11 de junio de 2002, de la AP de Cádiz de 7 de junio de 2011 y de la AP de Gerona de 16 de abril de 2012) o por el pago por el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda (cfr. las Sentencias de la AP de Navarra de 25 de mayo de 1999, de la AP de Murcia de 11 de septiembre de 2007, de la AP de la Coruña de 31 de octubre de 2012 y de la AP de Madrid de 19 de enero de 2016).

²⁵ Cfr. la SAP de Madrid de 17 de julio de 2019.

²⁶ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 95-96.

²⁷ MANZANO FERNÁNDEZ, M., Titularidad y atribución del uso....., *op. cit.*, 1799.

²⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso....., *op. cit.*, 2012.

²⁹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 177 y 182, también se muestra partidaria de una necesaria evolución hacia la temporalización en la atribución del uso, incluso en el supuesto de existencia de hijos menores del matrimonio.

³⁰ Cfr. las SSTs de 22 de septiembre de 2017, 10 de enero de 2018 y 12 de junio de 2020.

³¹ Cfr. la STS de 24 de octubre de 2014.

³² Cfr. las SSTs de 5 de septiembre de 2011, 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014 y 29 de mayo de 2015.

³³ BERROCAL LANZAROT, A.I., Aspectos relevantes en torno....., *op. cit.*, 1976.

³⁴ Cfr. las SSTs de 18 y 29 de mayo de 2015.

³⁵ Cfr. la RDGRN de 20 de febrero de 2004 y las SSTs de 1, 14 de abril y 21 de junio de 2011.

³⁶ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 505-555.

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso....., *op. cit.*, 2012-2014.

³⁸ Cfr. las SSTs de 8 de mayo de 2006, 3 de diciembre de 2008, 14 de enero de 2010 y 27 de febrero de 2012.

³⁹ Cfr., en este sentido, la SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001, debido a la obtención «*mortis causa*» por el cónyuge usuario de un importante patrimonio inmobiliario.

⁴⁰ Cfr. también las opiniones expuestas «*ut supra*» de MANZANO FERNÁNDEZ y CALMARZA CUENCAS.

⁴¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por ex cónyuges renunciando al derecho de uso. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 67, 167-168.

⁴² ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi, 553. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 56. Cfr. también la SAP de Toledo de 23 de marzo de 1995 y la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de julio de 1998.

⁴³ SALAZART BORT, S. El uso de la vivienda familiar. (2006). En: J.M. Llopis Giner (dir.). *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 188.

⁴⁴ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 48-49.

⁴⁵ MANZANO FERNÁNDEZ, M., Titularidad y atribución del uso....., *op. cit.*, 1790-1799.

⁴⁶ Para la SAP de Cáceres de 21 de julio de 2010, si, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código civil, el matrimonio se disuelve por divorcio, ello impide que la excónyuge pueda interferir en la vida sentimental del que fue y ya no es su esposo. Y la SAP de Alicante de 22 de junio de 2018 entiende que, si se acordara la pérdida del uso de la vivienda por el hecho de convivir la madre con tercera persona, se estaría resolviendo

en contra del interés de los menores, que requieren los alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, entre cuyos alimentos se encuentra la habitación.

⁴⁷ Cfr. también las Sentencias de la AP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995 y de la AP de Madrid de 7 de junio de 2013.

⁴⁸ En un sentido parecido, la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 señala la inexistencia de la legitimación del segundo marido de la excónyuge para ocupar la vivienda, argumentando que las únicas personas autorizadas para tal ocupación son las hijas y la madre, no una tercera persona ajena al procedimiento matrimonial, y negando que esta última pueda permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente. Y como, siendo dicho tercero ajeno al procedimiento matrimonial, no podía actuarse contra él por vía de lanzamiento, se impuso, en concepto de responsabilidad civil, al cónyuge usuario, obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno familiar formado por aquel y las hijas comunes, una indemnización por los daños y perjuicios causados al cónyuge propietario. Por su parte, la SAP de Madrid de 10 de julio de 2017 estima que la convivencia del progenitor, al que se le ha atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, con un tercero no puede suponer la extensión de tal derecho a la nueva pareja. Y, por ello, lo más apropiado, en estos casos, es liquidar los gananciales y renunciar al privilegio que, por su anterior situación, el cónyuge venía disfrutando.

⁴⁹ Cfr. también las Sentencias de la AP de Cádiz de 16 de septiembre de 2002, de la AP de Vizcaya de 30 de abril de 2004 y de la AP de Murcia de 9 de diciembre de 2009.

⁵⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso..., *op. cit.*, 2015.

⁵¹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 543, 546 y 547. En apoyo de su opinión, cita la autora la SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2004.

⁵² En este sentido se manifestó el *IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia* y las *VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales*, celebradas en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

*Trabajo recibido el 24-6-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas
de los principios hipotecarios tras
la Ley 13/2015, de 24 de junio (V):
El principio de tracto sucesivo
registral gráfico

*The geographical repercussions
of the mortgage principles after
Law 13/2015, of June 24 (V):
The principle of successive graphic
registry tract*

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: La Ley 13/2015 ha supuesto una de las modificaciones más extensas de la Ley Hipotecaria, desde 1946. Siguiendo con el propósito de elaborar una interpretación evolutiva de la Ley 13/2015 y su repercusión sobre los principios hipotecarios, que nos trazamos en el primero de los artículos de esta serie, tratamos en esta quinta entrega, sobre las repercusiones geográficas del principio de tracto sucesivo, derivado del encadenamiento de titularidades del derecho y de las vicisitudes por las que atraviesa el mismo

en el folio registral, para que sea indiscutida la titularidad y el objeto del derecho que el asiento proclama.

ABSTRACT: Law 13/2015 has been one of the most extensive modifications of the Mortgage Law, since 1946. Continuing with the purpose of elaborating an evolutionary interpretation of Law 13/2015 and its repercussion on the mortgage principles, which we outlined in the first of the articles in this series, in this fifth installment we deal with the geographical repercussions of the principle of successive tract, derived from the chain of ownership of the right and the vicissitudes that it goes through in the registry folio, so that the ownership and the object of the right that the seat proclaims.

PALABRAS CLAVE: Principio de tracto sucesivo. Encadenamiento de modificaciones descriptivas y georreferenciaciones. Modificación de entidades hipotecarias. Obras nuevas. Actualizaciones técnicas. Desplazamientos cartográficos.

KEY WORDS: Principle of successive tract. Chaining of descriptive modifications and georeferencing. Modification of mortgage entities. New works. Technical updates. Cartographic movements.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO EN SU VERTIENTE LITERARIA: 1. CONCEPTO. 2. REGULACIÓN.—III. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: 1. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA DOCTRINA: A) *Antes de la Ley 13/2015.* B) *Tras la Ley 13/2015.* 2. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA LEY 13/2015: A) *En el procedimiento registral ordinario.* B) *En los expedientes del título VI de la LH:* a) Expediente para inscribir la georreferenciación de la finca del artículo 199. b) Expediente de deslinde: a') Expedientes privados de deslinde de fincas inscritas. b') Expedientes administrativos de deslinde. c) Expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de una finca del artículo 201. d) Expediente de dominio del artículo 203. e) En la inmatriculación por título público de los artículos 205 y 206. f) Expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido del artículo 208. 3. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA DOCTRINA DE LA DGSJFP: A) *Casos de incorporación preceptiva al folio de la georreferenciación de la finca:* a) En la inmatriculación de fincas: a') En el expediente de dominio del artículo 203. b') En la inmatriculación por título público del artículo 205 de la LH. b) En las operaciones de parcelación, reparcelación o concentración parcelaria, expropiación forzosa y deslinde administra-

tivo. c) En las operaciones de agrupación, agregación, división y segregación de fincas. *B) Georreferenciación como circunstancia potestativa de la inscripción:* a) Inscripción de georreferenciación sin discordancia con la realidad física. b) Inscripción de la georreferenciación subsanando una discordancia: a') En el caso del expediente del artículo 199. b') En el caso del expediente del artículo 201.1 c) En la Inscripción de una obra nueva, al amparo del artículo 202 de la LH.

4. EL CONCEPTO Y CARACTERES DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO: *A) Es una técnica operativa del sistema de folio real. B) Supone un encadenamiento descriptivo:* a) Una rígida, con asiento propio para cada acto o negocio inscribible b) Otra flexible, cuando en un asiento constan varias modificaciones. *C) Requiere la previa inscripción de la modificación descriptiva sin acceso registral. D) Es presupuesto estructural para los efectos esenciales del sistema. E) Se manifiesta de modo distinto en el aspecto material y formal:* a) En el aspecto material, la patología de la doble inmatriculación. b) En el aspecto formal, la patología de los desplazamientos de cartografía.—IV. CONCLUSIONES.— V. ABREVIATURAS.— VI. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de tracto sucesivo, sin perjuicio de su posible existencia en los Registros de Personas, es el principio hipotecario existente en todo sistema registral llevado por fincas, siendo uno de los fundamentales, dirigido a evitar la indefensión proscrita por el artículo 24 de la CE, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley (RDGRN de 26 de septiembre de 2018)¹, que podemos desdoblarse con Jerónimo GONZÁLEZ² en dos direcciones:

1. El tracto sucesivo propiamente dicho, o en sentido material, que es aquel que requiere la previa inscripción, presupuesto básico de la inscripción.
2. El tracto sucesivo o modo de proceder a la inscripción, que exige para cada acto jurídico un asiento, o tracto sucesivo en sentido formal.

Su carácter de principio sustantivo se ha destacado por la doctrina de la DGRN, así por ejemplo la RDGRN de 6 de mayo de 2014 lo destaca como uno de los principios básicos en los sistemas registrales de folio real, que impone un enlace entre las sucesivas titularidades de los derechos inscritos, precisando la RDGSJFP de 3 de febrero de 2020 que la presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos registrales y el reconocimiento de la legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del

Registro a los títulos otorgados por persona distinta de este. Ningún asiento, que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de asientos vigentes, puede practicarse sin consentimiento del titular registral, o por resolución judicial en procedimiento entablado directamente contra él, según la RDGSJFP de 4 de marzo de 2020.

En la doctrina, autores como ROCA SASTRE³, SANZ⁴, LACRUZ⁵, o GARCÍA GARCÍA⁶ lo configuran como un principio de carácter adjetivo o formal, que no pretende restar importancia al principio.

Sentado su carácter de principio, basado en la concatenación de asientos y de títulos, en el presente artículo vamos a indagar si, tras la publicación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, podemos hablar de una repercusión geográfica del principio y extenderlo a la concatenación relativa al objeto del derecho, entendido como descripciones de la finca, pues la nueva descripción debe basarse en la descripción registral del asiento anterior.

II. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO EN SU VERTIENTE LITERARIA

1. CONCEPTO

El principio de tracto sucesivo puede contemplarse desde un doble punto de vista:

1. *Desde un punto de vista sustantivo*, como principio hipotecario, por el que, para inscribir un derecho, es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transmitente, siendo la traducción hipotecaria del principio de seguridad jurídica, como declaró la RDGRN de 23 de mayo de 2013. Desde este punto de vista, al extenderse al derecho, debe comprender aspectos relativos a la titularidad, objeto y causa que se publica, centrándonos en este artículo en el aspecto relativo al objeto del derecho, es decir, la finca.

2. *Desde un punto de vista adjetivo*, el principio de tracto sucesivo es una técnica operativa del sistema de folio real, que trata de establecer el orden de los asientos, como complemento del orden entre las fincas, mediante el encadenamiento sucesivo o simultáneo de los títulos inscribibles, por la previa o simultánea inscripción del derecho del transferente, cuando se inscribe el del adquirente, mediante la titulación adecuada, aunque el acto dispositivo sea anterior, como presupuesto para la producción de los efectos esenciales del sistema.

Como técnica operativa del sistema de folio real, se abre uno a cada finca, que reflejará convenientemente eslabonados los negocios jurídicos publicables sobre ella, en ininterrumpida cadena de causante a causahabiente

y de transmitente a adquirente, cualquiera que sea su fecha, facilitando su consulta, encadenamiento que puede lograrse:

- De una forma rígida, con un asiento propio, dentro del folio de cada finca, para cada acto o negocio inscribible (Tracto sucesivo formal).
- De otra flexible, permitiendo que en un asiento se recojan varios actos o derechos inscribibles (Tracto sucesivo abreviado).

Es presupuesto estructural para los efectos esenciales del sistema, pues contribuye a la formación del contenido registral publicable y hace posible la producción de ciertos efectos esenciales del sistema registral de publicidad, como el desconocimiento del derecho, gravamen o limitación no inscrito por el principio de integración del folio registral, la virtualidad propia de la inscripción respecto del título que la motiva, por la inserción de los derechos sobre la finca en el historial registral y el orden que implica la regla del tracto determina la posición relativa de los derechos en el historial de la finca.

Pero también produce ciertos efectos que rozan contenidos sustantivos para quien solicita la inscripción, que logra el cierre del Registro si no está previamente inscrito el derecho del transmitente o causante y para el titular inscrito, la seguridad de que no podrá inscribirse ningún título si él no aparece como disponente, ni hay resolución judicial obtenida en procedimiento en que no ha sido parte, según la RDGRN de 6 de noviembre de 1991.

2. REGULACIÓN

El artículo 20 de la LH reconoce el principio del tracto sucesivo, disponiendo los dos primeros párrafos, que son los que nos interesan ahora: *«Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada»*.

El precepto contiene las dos manifestaciones del principio de tracto sucesivo:

1. El tracto material, al exigir la previa inscripción del derecho del transferente y la necesaria identidad del derecho configurado en el título y en la inscripción, extendiéndose al objeto y a la causa, a consecuencia del principio de seguridad jurídica.

2. El tracto formal, pues el precepto habla de *anotar o inscribir*, pero es aplicable a toda clase de asientos, salvo el asiento de presentación.

III. LA VERTIENTE GEOGRÁFICA DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

1. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA DOCTRINA

A) *Antes de la Ley 13/2015*

La Ley 13/2015 no modificó la redacción del artículo 20, que no se refiere a vertiente geográfica alguna. Aún así, puede defenderse la existencia de una vertiente geográfica del principio. En la doctrina, el autor que más en profundidad ha estudiado la vertiente gráfica del principio de tracto sucesivo antes de entrar en vigor la citada Ley ha sido VÁZQUEZ ASENJO. Este autor vislumbra, en los dos primeros párrafos del precepto, la vertiente geográfica del principio, pues si la inscripción de un derecho presupone la previa inscripción del derecho del transferente, ello no solo se refiere a la titularidad del derecho, sino también a su objeto, es decir, la finca, cuya descripción alfanumérica se ha de efectuar de forma eslabonada en el tiempo, en los títulos que se van presentando a inscripción.

Ese eslabonamiento exige la existencia de una identidad entre la finca objeto del derecho previamente inscrito del transferente y la contenida en el título del adquirente, en el que se modifique su descripción. Esta debe arrancar de la descripción de la finca, tal y como consta en la inscripción en favor del transferente. Por tanto, el principio de tracto sucesivo en su vertiente gráfica no puede aplicarse a los títulos por los que se declare, transmita, modifique o extinga un derecho real⁷.

Junto a las alteraciones jurídicas en la descripción de las fincas, que constan en los asientos registrales, se producen otras en el ámbito extrarregistral, que alteran la realidad tangible sobre el territorio⁸. La base gráfica registral, como traducción geográfica del dominio inscrito, siempre será el reflejo geográfico de la cadena de alteraciones en la descripción de la finca y nexo de unión de la comparación en cada momento de las realidades catastral y registral.

Distingue, por tanto, las dos manifestaciones del principio del tracto sucesivo:

1. *La material*, a través del encadenamiento o eslabonamiento de las descripciones de las fincas, desde su inmatriculación, distinguiendo sus alteraciones perimetrales, como se da en todas las operaciones de modificación

de entidades hipotecarias y las que afectan o transforman el interior de la propia finca, como todas las actuaciones de construcción o edificación, a través de la declaración de obra nueva.

2. *La formal*, cuando accede al contenido del Registro nuevo material gráfico, que actualiza el escenario de configuración de la localización de la finca, como consecuencia de actuaciones sobre la representación del territorio.

Así, el último párrafo del artículo 9.1 de la LH, redactado por la Ley 24/2001, disponía: «*Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente*».

Este precepto regulaba una técnica exclusivamente registral, distinta de la del mero archivo de planos de su párrafo anterior, por la cual, el registrador, mediante el uso de una aplicación informática, de la que debía disponer, debía tratar las bases gráficas, para su coordinación con las fincas registrales. El registrador debía asegurarse de la correspondencia de la descripción de la finca que figuraba en el registro con la descripción que de la finca se hacía en el título, formando la base gráfica de la misma. Es decir, se distinguían tres operaciones:

— Una de calificación de la correspondencia de la descripción del título con la de la inscripción y de traducción gráfica. Mediante ella, el registrador trataba de hacer cumplir un principio de tracto sucesivo registral gráfico, afirmando que la finca objeto del derecho inscrito se corresponde con la del título, reflejando el resultado de esa acción sobre una porción concreta y determinada del territorio.

— Una de inscripción, pues el resultado positivo de la operación anterior culminaba en la práctica de un asiento en forma de nota marginal. Esta indicaba que la identificación de la finca había sido validada por el registrador, en virtud de unos criterios positivos de validación.

— Una operación de despacho, mediante la formación de la base gráfica por la oficina registral, que traducía la descripción del dominio inscrito sobre instrumentos cartográficos e imágenes del territorio, una vez comprobada la correspondencia.

Una vez validada, solo podía modificarse como consecuencia de un acto jurídico de modificación de la descripción de la finca otorgados por sus titulares, en cuyo caso la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000, disponía: «*Sexto: Modificaciones de sus bases gráficas: El mantenimiento actualizado de las bases gráficas correspondientes a las fincas inscritas, en el supuesto de que se modifique su configuración física, se realizará por el*

propio Registrador de la Propiedad partiendo de la cartografía a escala a que se refiere el artículo anterior. El procedimiento a seguir sería el siguiente; 1. Definición por los propios interesados sobre dicho plano de las modificaciones que se deriven del negocio jurídico (agrupación o agregación, y segregación o división. 2. Incorporación del documento gráfico al título correspondiente, que ha de producir efectos en el Registro de la Propiedad. 3. Como la modificación (agrupación o división) se ha realizado partiendo del modelo gráfico que de las fincas afectadas figura en el Registro de la Propiedad, no presenta ningún inconveniente para este la incorporación de las modificaciones operadas y que han sido objeto de los pertinentes asientos registrales».

Supone este número sexto, a nuestro entender, el reconocimiento del principio del tracto sucesivo registral en su vertiente geográfica, al encadenar las sucesivas representaciones gráficas, derivadas de modificaciones descriptivas en la finca, realizadas por voluntad de sus particulares y que se encomendó a los registradores.

No tenían la consideración de rectificaciones descriptivas, con reflejo en la base gráfica registral, las meras actualizaciones de linderos personales para hacer constar su identidad actual, donde no había calificación registral, sino mera transcripción, o la denominación de linderos fijos que pasaban de ser caminos a calles o carreteras, ni las modificaciones tecnológicas derivadas de ajustes con fincas colindantes o la actualización de cartografías u ortofotos para mejorar su precisión. Estas conforman el escenario de configuración de la base gráfica, cuyo límite para no ser consideradas modificaciones descriptivas, se encontraba en el consentimiento del dueño de la finca. Si se ponía en duda la identidad de la finca ya no estábamos ante una modificación tecnológica sino descriptiva, encubierta en forma de modificación tecnológica, lo que rompería el principio de tracto sucesivo registral gráfico.

Por tanto, la modificación descriptiva, derivada de un acto jurídico de su titular, era la única que podía modificar la configuración de la base gráfica registral. Esta es la esencia del principio de tracto sucesivo registral gráfico, entendido como encadenamiento de las modificaciones descriptivas de las fincas, con su base gráfica registral coherente con ellas, derivadas de la voluntad de su titular. Al encadenamiento de las descripciones literarias ha de acompañar el encadenamiento de la identificación geográfica sobre el territorio, para garantizar la coherencia de su ubicación, localización, identificación y descripción indubitadas.

B) Tras la Ley 13/2015

Si bien se altera el procedimiento de formación de la base gráfica, pues debe aportarse por el particular y la actuación registral debe adaptarse a

la cartografía catastral, la vertiente geográfica del principio hipotecario del tracto sucesivo es evidente que subsiste, aunque no ha sido muy tratada por la doctrina. JÉREZ DELGADO entiende que la Ley 13/2015 tiene cierta incidencia en los principios hipotecarios, también en el de tracto sucesivo⁹, pero limitando sus efectos en el ámbito del tracto sucesivo interrumpido, incidencia que no justifica reconocer una vertiente gráfica del principio de tracto sucesivo¹⁰.

En el presente artículo vamos a defender, a la luz de los artículos de la Ley Hipotecaria modificados por la Ley 13/2015, la existencia de esa vertiente geográfica del principio hipotecario de tracto sucesivo, que se revitaliza, como ocurre con los restantes principios hipotecarios. Y lo haremos sin limitarnos al supuesto del tracto sucesivo interrumpido si no, como ocurre con el principio de tracto sucesivo en su vertiente literaria, como técnica operativa del sistema de folio real, que encadena y publica todo lo relativo al derecho real inscrito, extendiéndose al sujeto, objeto y causa del derecho inscrito.

Aunque no haya, a diferencia de lo que ocurre con el principio en su vertiente literaria, una proclamación legal expresa de esa vertiente geográfica del principio, podemos inferir el mismo de determinados preceptos reformados por la Ley 13/2015. También la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en aplicación de estos preceptos, ha reconocido implícitamente la existencia de este principio, aunque no haya declaración legal expresa. Y ello porque la vocación de los principios generales del derecho no es la de recogerse en una disposición legal sino, como dice DE CASTRO, es el conjunto normativo no formulado, integrado por las ideas fundamentales de la organización jurídica de la nación, que pueden presentarse de forma no escrita y se deducen del análisis de la ley, para ayudar en la interpretación de las normas legales

2. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA LEY 13/2015

La existencia de un principio de tracto sucesivo registral gráfico, es decir, la vertiente geográfica del principio de tracto sucesivo puede derivarse de algunos preceptos legales como el artículo 20, con carácter general, y específicamente en otros modificados por la Ley 13/2015, que pasamos a ver, sistematizándolos según el tipo de procedimiento.

A) En el procedimiento registral ordinario

El artículo 9 a), al imponer nuevas circunstancias a reflejar en la descripción literaria de la finca, como la expresión de la situación física detallada,

superficie, referencia catastral y el estado de coordinación con el Catastro, amplía el juicio de correspondencia que debe hacer el registrador. Mediante él, trata de asegurarse que la descripción del título se corresponde con la descripción registral, para cumplir con el requisito del eslabonamiento de las descripciones, que extiende a la realidad geográfica de la finca al permitir la incorporación al asiento de su georreferenciación, distinguiendo:

1. *Respecto a fincas a las que se abre nuevo folio en el Registro*, conforme al artículo 9 b), en la inmatriculación de fincas, operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde con reordenación de terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, se convierte en circunstancia necesaria del asiento. No existe aquí georreferenciación registral previa, pues se trata de fincas nuevas a las que se abre folio registral, pero si se parte de una georreferenciación previa, que deberá calificar el registrador, para asegurarse que el resultado gráfico deriva de una operación gráfica inicial coherente con ese resultado. Esa situación previa a la registral puede ser catastral, única admitida en la inmatriculación, o alternativa en defecto o inexactitud de la catastral, cuando no se trate de inmatriculación.

2. *Respecto a fincas ya inscritas*, conforme al artículo 9 b) párrafos segundo y siguientes, dicha representación gráfica podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica, para lo cual el titular deberá aportar junto con el título inscribible certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, o representación gráfica georreferenciada alternativa, en defecto o inexactitud alegada de la catastral, que se incorporará 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. Se entenderá que hay correspondencia cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Vemos en este párrafo una calificación registral de la correspondencia entre la georreferenciación de la finca que resulta del Registro, ya esté identificada previamente o se identifique con valor auxiliar de calificación ahora, y la que se aporta en el título presentado. Y ello implica una vertiente geográfica del principio hipotecario de tracto sucesivo, pues trata de evitar que, en ese momento, no se encubran operaciones de modificación de

entidades hipotecarias no inscritas, o pretenda ampararse bajo la realidad jurídica del folio registral nuevas realidades físicas. Para ello, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, distinta a la catastral, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación [art. 9 b) párrafo 8.º].

También debe apreciar el registrador que la georreferenciación que se pretende inscribir no invada el dominio público, mediante consulta a su aplicación registral homologada. Uno de los requisitos de homologación era, conforme a la disposición adicional primera: *«permitir, a través de servicios de mapas web en línea, enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro y con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado»*. No hay aquí un eslabonamiento entre georreferenciación de la finca y la información geográfica territorial y pública que se le asocia, por la que el registrador podrá conocer el dominio calificado como público, que habrá de proteger, aunque no esté inscrito¹¹, sino que supone la traducción al campo registral del concepto de interoperabilidad de la Directiva INSPIRE.

Es un procedimiento puramente tecnológico, que no requiere la previa inscripción de la georreferenciación, no se refiere a una finca concreta y determinada y el registrador no es responsable de esa información, aunque debe tenerla en cuenta.

B) En los expedientes del título VI de la LH

a) Expediente para inscribir la georreferenciación de la finca del artículo 199

Cuando exista discordancia entre la realidad física extrarregistral y el contenido del Registro, conforme al artículo 199.1 y 2 de la LH, la georreferenciación catastral o alternativa aportada se calificará por el registrador, conforme al artículo 9, examinando la correspondencia entre la descripción y georreferenciación aportada con la resultante del Registro, comparando sus respectivos recintos para controlar el cumplimiento del principio de tracto sucesivo respecto a la descripción y georreferenciación de la finca, que permita subsanar la discordancia con la realidad física extrarregistral.

b) En el expediente de deslinde de fincas

Distinguimos dos supuestos, según el deslinde sea entre fincas registrales de titularidad privada, o derive de un expediente administrativo, afectando a fincas registrales.

a') Expedientes privados de deslinde de fincas inscritas

Conforme al artículo 200, cuando su último párrafo dispone: «*Si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el acuerdo de deslinde alcanzado encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas. Lo dispuesto en este artículo no resultará de aplicación a los inmuebles cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas. En este caso, el deslinde se practicará conforme a su legislación específica*», trata de que se cumpla el principio de tracto sucesivo, en su vertiente literaria, para posibilitar que se presente el título que contiene la modificación de la descripción, y geográfica, pues la nueva georreferenciación debe traer causa de la anterior, derivada de título no presentado. En ese caso, no procede inscribir la georreferenciación, incluso con acuerdo de los colindantes, sino inscribir el título intermedio, para reanudar el tracto.

b') Expedientes administrativos de deslinde

Es extensible a todos los casos de reordenación de los terrenos, como la equidistribución urbanística, expropiaciones forzosas, ordinarias o urbanísticas, o concentraciones parcelarias que, en cuanto afectan a derechos preexistentes, deben apoyarse en la situación registral previa. La Ley 13/2015, en nuestra opinión, debió recoger una fase geográfica en todos estos expedientes administrativos, consistente en la delimitación de la unidad de actuación previa, para que el registrador pudiera cargar su georreferenciación en su aplicación homologada del artículo 9 de la LH y calificar la correspondencia de la misma con las fincas afectadas. Ello no es más que una proyección de la vertiente geográfica del principio de tracto sucesivo, o tracto sucesivo registral gráfico. Y debería haberse regulado, pues, aunque los requisitos del procedimiento se regulan por la Ley sustantiva, cuyas competencias en esta materia están cedidas a las comunidades autónomas, los requisitos de inscripción, o de práctica de

asiento registral, como la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, al inicio de la mayoría de estos expedientes, son de competencia exclusiva del Estado.

Sin embargo, la legislación no desconoce ese apoyo en la situación registral previa de este tipo de expedientes. Por ejemplo, el artículo 3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio exige que los títulos por los que se solicite la inscripción de actos administrativos de naturaleza urbanística acompañen plano de la finca o fincas a que afecten, que el registrador remitirá a la Oficina Catastral competente, para que remita, en su caso, al mismo los datos identificadores de la finca o fincas objeto del acto de que se trate y además: *«el plano que ha de acompañar al título será el que sirva de base al acuerdo administrativo procedente o a la licencia cuya concesión constituya requisito para la inscripción. En los demás supuestos, deberá acompañarse plano a escala adecuada de la finca o fincas objeto del título inscribible»*. Este precepto, tras la Ley 13/2015, puede interpretarse en el sentido de que debe acompañarse plano georreferenciado de la unidad de ejecución, para que el registrador pueda comparar dicho recinto con la situación registral preexistente, expidiendo certificación registral de las fincas incluidas en el plano georreferenciado, que deberá intentar identificar geográficamente, si todavía no lo están. Con ello se consigue que en la unidad no queden huecos, ni superficies por adjudicar, lo cual mejora la situación anterior, meramente literaria, mediante la georreferenciación.

Un ejemplo más claro y que podríamos considerar como general para todo expediente de reordenación de los terrenos es el regulado por el artículo 21.3 del Reglamento de Costas, aprobado por RD 876/2014, de 10 de octubre, que dispone: *«El Servicio Periférico de Costas, una vez elaborado el plano de delimitación provisional de la zona de dominio público y de la de servidumbre de protección, y obtenidos de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro los planos catastrales y las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de los inmuebles afectados, donde consten la referencia catastral y los datos de identificación de los titulares catastrales y colindantes, procederá en el plazo de quince días desde la incoación del expediente a: c) La notificación al Registro de la Propiedad del acuerdo de incoación del expediente de deslinde, acompañado del plano del área a deslindar y de la relación de propietarios, interesando la certificación de dominio y cargas de las fincas inscritas a nombre de los propietarios incluidos en el expediente y de cualesquiera otras que colinden o intersecten con el dominio público marítimo-terrestre, según resulten del plano aportado y de los planos catastrales, así como la constancia de la incoación del expediente en el folio de cada una de ellas»*. Más adelante dispone: *«El plano del área afectada por el deslinde deberá constar debidamente georreferenciado, con identificación de las parcelas, acompañándose de la referida documentación catastral a fin*

de que el Registrador de la Propiedad, al expedir la certificación, verifique la correspondencia de dicha relación de propietarios con el contenido de los asientos registrales o ponga de manifiesto las discrepancias que resulten de los mismos. Si en el expediente se incluyesen fincas no inscritas, el Servicio Periférico de Costas podrá solicitar simultáneamente que con carácter previo se tome anotación preventiva por falta de inscripción previa». El precepto supone un reconocimiento de la vertiente geográfica del principio hipotecario de tracto sucesivo, a nuestro entender.

c) Expediente para rectificar descripción, superficie o linderos del artículo 201

La manifestación del principio de tracto sucesivo en su vertiente literaria y gráfica se produce en el artículo 201.1 letra a) cuando exige al promotor del expediente que asegure *«bajo su responsabilidad que las diferencias entre ambas obedecen exclusivamente a errores descriptivos del Registro y no a la celebración de negocios traslativos o en general a cualquier modificación, no registrada, de la situación jurídica de la finca inscrita»*. Es decir, que se refiere a una verdadera discordancia entre el Registro y la realidad física extrarregistral, pero que se ha cumplido el eslabonamiento correcto de derechos, que impone el principio de tracto sucesivo, tanto en relación con la descripción de la finca, como de la georreferenciación catastral o alternativa aportada.

Y en el artículo 201.1 último párrafo, cuando dispone: *«Si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas»*, pues está aplicando un regla derivada del principio de tracto sucesivo, tanto en su vertiente literaria (presentación del título), como geográfica (presentación de la georreferenciación intermedia).

d) En el expediente de dominio del artículo 203

El cumplimiento del principio del tracto sucesivo se refleja en el artículo 203 regla 3.ª párrafo 2.º, referido a la primera calificación que hace el registrador al expedir la certificación, cuando dispone: *«El Registrador, tras consultar su archivo, tanto literario como de representación gráfica en*

soporte papel o informático, expedirá en el plazo de quince días certificación acreditativa de la falta de inscripción de la finca, siempre que haya verificado que concurren las siguientes circunstancias: a) La correspondencia entre la descripción contenida en el título de propiedad aportado y la certificación catastral. b) La falta de previa inmatriculación de la finca a favor de persona alguna. c) La ausencia de dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas. En caso contrario, procederá el Registrador a extender nota de denegación de la anotación solicitada, motivando suficientemente las causas de dicha negativa, a la que deberá acompañar, en su caso, certificación literal de la finca o fincas coincidentes, comunicándolo inmediatamente al Notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones». Es decir, una de los extremos que debe incluirse en esa operación de correspondencia es la del correcto eslabonamiento de la georreferenciación catastral aportada con la descripción de la finca, si es una inmatriculación, o con la identificada previamente en el Registro, en caso de rectificación de la descripción, superficie o linderos del artículo 201.

e) En la inmatriculación por título público de los artículos 205 y 206

También podemos observar latente el principio del tracto sucesivo en su vertiente geográfica, pues el registrador, según el párrafo primero del artículo 205, deberá calificar siempre *«que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, 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»*. Es decir, deberá calificar que el encadenamiento de los derechos, tanto en lo referido a la titularidad, descripción y georreferenciación del objeto y causa, no se han interrumpido.

En el caso del artículo 206, su número 2 dispone: *«En todo caso, será preciso que el Registrador compruebe la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble. Si advirtiera la existencia de fincas inscritas coincidentes en todo o en parte, denegará la inmatriculación solicitada, previa expedición de certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación»*. Es decir, que el registrador debe asegurarse que la georreferenciación aportada por la Administración sea la actualizada, para poder asegurar el cumplimiento de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, a partir de la inmatriculación y que no se invadan fincas colindantes, precisamente porque el derecho sobre ellas no corresponde a la Administración.

Cualquiera que sea el procedimiento registral, o el expediente para subsanar la discordancia, conforme al artículo 10.2 párrafo 2.º, «*el Registrador incorporará al folio real la representación gráfica catastral aportada siempre que se corresponda con la descripción literaria de la finca en la forma establecida en la letra b) del artículo anterior, haciendo constar expresamente en el asiento que en la fecha correspondiente la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Asimismo, el Registrador trasladará al Catastro el código registral de las fincas que hayan sido coordinadas*». Por tanto, la coordinación con Catastro presupone la correspondencia declarada por el registrador, que implica el cumplimiento del principio del tracto sucesivo registral gráfico.

3. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO EN LA DOCTRINA DE LA DGSJFP

La doctrina de la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado y actual de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sin reconocerlo expresamente, ha tenido presente en multitud de recursos, la existencia de un principio hipotecario de tracto sucesivo registral gráfico, tanto en supuestos de georreferenciación como circunstancia preceptiva del asiento, como en los de incorporación potestativa. En las resoluciones que, sin ánimo exhaustivo citamos, vamos a observar una idea que se repite: la cautela que tiene la Dirección General para evitar que a través de la incorporación de la georreferenciación de una finca a un asiento del folio real, se rompa el orden de identificación geográfica de la descripción de la finca, encubriendo nuevas realidades físicas bajo la inscrita, actos jurídicos de modificación de entidades hipotecarias o expedientes administrativos de reordenación de los terrenos no inscritos. Ello supone, a nuestro entender, el reconocimiento tácito de la existencia de una vertiente geográfica del principio hipotecario del tracto sucesivo, o tracto sucesivo registral gráfico.

A) *Casos de incorporación preceptiva al folio de la georreferenciación de la finca*

Enumerados en el artículo 9 b) primer párrafo, son la inmatriculación de fincas, las operaciones de deslinde, concentración parcelaria, parcelación y reparcelación urbanística, expropiación forzosa, como supuestos de reordenación de los terrenos y las operaciones de modificación de entidades hipotecarias, como agrupación, agregación, segregación y división.

a) En la inmatriculación de fincas

Mediante la cual la finca ingresa en el folio real por primera vez, la regla del tracto sucesivo se manifiesta en los varios medios inmatriculadores que prevé la LH:

a') En el expediente de dominio del artículo 203

Se impone la coincidencia entre la descripción de la finca en el título y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Cuando el registrador expide la certificación, al principio del expediente (art. 203.1 regla 3.^a), debe expresar la no inscripción de la finca en favor de persona alguna con esa descripción, o las dudas en la identidad de la finca a inmatricular, respecto de otra u otras previamente inmatriculadas. Estas pueden deberse, precisamente, a la falta de acceso registral de un título modificativo de su descripción y, como declara la RDGRN de 27 de junio de 2016, en su fundamento de derecho 2.º: *«en el caso de albergar dudas el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas (especialmente si se tratase de fincas cuya representación gráfica no estuviera inscrita), muy en particular la intervención de los afectados»*, los cuales, en caso de que el título modificativo de la descripción no haya tenido acceso al Catastro, deberán modificar el catastro previamente y la descripción en el acta final del expediente, para cumplir con la regla del tracto sucesivo registral gráfico y evitar una doble inmatriculación, entendida como inscripción de una misma porción física en dos folios reales diferentes. Por tanto, esas dudas deben ser expresadas por el registrador al expedir la certificación inicial, para que puedan ser disipadas por el notario en la tramitación y lograr la ausencia de dudas respecto a la identidad de la finca a inmatricular, tal y como se describe, con otra u otras previamente inmatriculadas. Y como declara la RDGSJFP de 1 de junio de 2020, en su fundamento de derecho 3.º: *«Esta acta, recogiendo en su caso la documentación aportada por los interesados con el intento de despejar las dudas advertidas por el registrador en el momento de expedición de la certificación, será objeto de calificación, dando lugar a la inscripción o, en su caso, conversión de la anotación en inscripción definitiva, si las dudas se han solventado, o a la suspensión de la inscripción, en caso contrario»*. Podrá alegar esas dudas en un momento posterior, cuando según el fundamento de derecho 5.º de la RDGRN de 20 de diciembre de 2016, resulte un cambio en las circunstancias o los datos que el registrador tuvo a la vista al expedir la certificación.

b') En la inmatriculación por título público del artículo 205 de la LH

Aunque no haya previa situación registral de la finca, al ingresar por primera vez en el Registro, el registrador debe operar con cautela para evitar que la finca invada total o parcialmente otra finca previamente inscrita. Por ello, el registrador debe comprobar:

1. La correspondencia, a su juicio, de la descripción de la finca en el título previo y en el inmatriculador, sin que se imponga la coincidencia. Y como declaró la RDGRN de 31 de julio de 2018, en su fundamento de derecho 4.º: *«Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no podrá limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la Ley o que, al menos, tiene dudas fundadas sobre ella»*, lo que puede ocurrir por no haber accedido al Catastro una modificación descriptiva sobre la finca que ahora se pretende inmatricular.

2. La identidad de la descripción del título inmatriculador y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica, que ha de ser la actual al presentarse el título inmatriculador, pues si se han operado actualizaciones catastrales en el lapso de tiempo entre el otorgamiento de la escritura y su presentación en el Registro, se impone la modificación de la descripción de la finca en el título inmatriculador, para que coincida con el de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela catastral correspondiente con la finca a inmatricular en el Registro, todo ello en cumplimiento de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, que pretende el correcto eslabonamiento de la descripción de la finca y de la identificación geográfica de su realidad física.

3. La no invasión del dominio público de la finca cuya inmatriculación se pretende, pues el artículo 205 dispone 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. 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»*. Es decir, antes

de inmatricular debe preguntar a la Administración si la finca, colindante con dominio público, respeta o no su delimitación, aunque no esté inscrito su deslinde, para su protección y para que pueda inscribirse, en su día, el dominio público, cuya inscripción es obligatoria, y pueda cumplirse con la regla del tracto sucesivo registral gráfico.

- b) En las operaciones de parcelación, reparcelación o concentración parcelaria, expropiación forzosa y deslinde administrativo

Las tratamos conjuntamente por sus características comunes, como la intervención administrativa y la reordenación de los terrenos, diferenciando dos momentos:

1. Antes de inscribirse el título administrativo de estas operaciones, la ley debería haber regulado una fase gráfica de estos procedimientos, que relacione los objetivos de la Administración de ordenación territorial actuante con la situación de derechos privados preexistentes sobre el terreno afectado. No ha sido así, con carácter general, aunque podría convertirse en general el procedimiento dispuesto por el artículo 23 del Reglamento de Costas.

En este punto, ha de estarse al principio de protección registral del dominio público, incluso no inscrito, que se instaura tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015. Así, estas operaciones requieren, como circunstancia preceptiva de la inscripción, la georreferenciación de las fincas resultantes, conforme al artículo 9 b), tal como ha reiterado la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, como la Resolución de 11 de junio de 2020, que declara en su fundamento de derecho 2.º: «*El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, al establecer que la inscripción contendrá siempre tal incorporación con carácter preceptivo (...). Como se ha reiterado tras la Resolución de 2 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación*». Es decir, se trata de proyectar sobre el territorio el resultado de la acción administrativa, pero con apoyo en la situación previa de los derechos privados preexistentes, que se modifican, por lo que debe garantizarse su correcto encadenamiento descriptivo.

Pero, la Dirección General reconoce que la protección del dominio público no está supeditada a su inscripción, aunque sea esta obligatoria. Así,

declara la RDGSJFP de 18 de febrero de 2020, en su fundamento de derecho 2.º: «Es doctrina reiterada y consolidada (cfr. “Vistos”) que la protección que el Registro de la Propiedad brinda al dominio público no debe referirse únicamente a aquel que conste inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por tal motivo, con carácter previo a la práctica de la inscripción, y conforme a lo previsto en distintas leyes especiales, como la de costas o de montes, el registrador ha de recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la inscripción pretendida no invade el dominio público. En particular, el artículo 34 del Reglamento General de Costas prevé para los supuestos de exceso de cabida: «Cuando alguna finca colinde o interseque con la zona de dominio público marítimo terrestre, conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar y cuyo deslinde no figure inscrito o anotado, el registrador suspenderá la inscripción solicitada y lo comunicará el mismo día al Servicio Periférico de Costas, así como al presentante y al titular, tomando en su lugar anotación preventiva de la suspensión por noventa días y reflejando por nota marginal la fecha de la recepción de dicha notificación en el Servicio Periférico de Costas. El Servicio Periférico de Costas expedirá certificación en el plazo de un mes desde la recepción de la petición del registrador, pronunciándose sobre si la finca objeto de anotación invade el dominio público marítimo terrestre, e incorporando el plano catastral de la finca que determine su relación con la línea del dominio público marítimo terrestre y las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido contestación se procederá a la conversión de la anotación en inscripción, extremo que se notificará al Servicio Periférico de Costas, dejando constancia de tal actuación en el folio de la finca. Cuando de la certificación resulte la invasión del dominio público marítimo-terrestre, el registrador denegará la inscripción del título y cancelará la anotación preventiva de suspensión».

Más adelante, continua declarando: «En consonancia con esto último, resulta fundamental, para la tutela del dominio público marítimo-terrestre, la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado —hoy, de Seguridad Jurídica y Fe Pública— (apdo. 2 del art. 33 del Reglamento de Costas); previsión normativa que ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas, a la que se ha aludido anteriormente. Dicha aplicación permite relacionar las representaciones gráficas de las fincas con

las descripciones contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. 3. Para los supuestos de dudas de invasión de dominio público en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ha señalado reiteradamente este Centro Directivo que resulta esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente. En el caso de que en el curso del procedimiento la Administración confirme la supuesta invasión de dominio público, dispone el artículo 199 de la Ley Hipotecaria que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado». Entendemos que estas afirmaciones de la Dirección General no son sino un reconocimiento tácito de la regla del principio de tracto sucesivo registral gráfico, pues trata de lograr el adecuado eslabonamiento de las descripciones de las fincas de titularidad privada, con pleno respeto al dominio público, declarado o deslindado, aun no inscrito. Para ello se requiere la consulta a la aplicación informática del artículo 9, que permite la relación de esa información geográfica relativa al dominio público declarado o deslindado con las fincas registrales inscritas, para evitar su invasión, sin conocimiento de la Administración actuante. La regla del tracto sucesivo registral gráfico se observa en la corrección de la descripción y georreferenciación de la finca para que no invada el dominio público, que habrá que hacer para lograr la inscripción, no en la relación de la información registral gráfica con la pública geográfica, que supone una traducción al campo hipotecario del concepto de interoperabilidad de la Directiva INSPIRE.

Por tanto, la Ley 13/2015 concede un privilegio a la Administración, al ordenar al registrador la protección del dominio público, incluso antes de inscribirse el título ejecutivo, que permite rectificar situaciones registrales contradictorias. Y ello, precisamente, garantiza el cumplimiento de la regla de tracto sucesivo registral gráfico, desde el acto declarativo de clasificación del suelo como de dominio público, sin necesidad de esperar al acto ejecutivo de deslinde, para que no pueda acceder al Registro la finca que invada dominio público declarado.

Así, el registrador mediante la consulta a su aplicación informática del artículo 9 de la LH, o el certificado administrativo de no invasión del dominio público, cuando no disponga de la georreferenciación de la línea del dominio público, controlará que la descripción y georreferenciación de la finca no invada esta clase de suelo, como medida preventiva para evitar la consolidación y perpetuación de situaciones jurídico privadas agresivas con el mismo y prevenir la actuación de actividades posteriores para repeler esa agresión. Ello puede llegar a considerarse como un supuesto de tracto abreviado, pues basta la declaración administrativa de dominio público, para que la descripción de la finca haya de respetar su delimitación, incluso antes de la actuación ejecutiva de la Administración que permita rectificar situaciones registrales contradictorias.

Posiblemente, hubiera sido más respetuoso con la regla del tracto sucesivo registral gráfico, esperar a que se otorgara el título ejecutivo, haciendo constar su situación de colindancia con dominio público, como nota marginal con efectos de publicidad noticia, advirtiendo la posible afectación de la descripción de la finca al resultado del expediente de deslinde, cuando se realice, o a la inscripción del ya realizado, para rectificar las situaciones registrales contradictorias. Pero, el legislador, también consciente de la complejidad de este tipo de expedientes, hace nacer la protección registral del dominio público, desde el momento de su declaración, mediante la técnica del tracto sucesivo abreviado, pensando en el objetivo principal que es la adecuada defensa del dominio público, que implica el control registral preventivo, mediante la consulta a la aplicación informática del artículo 9, que permite asociar la información registral y la administrativa.

En un caso de expropiación no inscrita, la RDGSJFP de 1 de febrero de 2020 ha declarado que, partiendo de que no es necesaria la previa inscripción de la expropiación, aunque sea obligatoria según el artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de patrimonio de las Administraciones públicas, la rectificación de la descripción de la parte de finca no expropiada no puede articularse como una rectificación de datos descriptivos al amparo del artículo 199 de la LH, intentando «hacer desaparecer» del folio real la superficie expropiada. Lo procedente es determinar con precisión cuál es la porción resto no expropiada y cuál fue la porción segregada expropiada (no inscrita), que ha de quedar registralmente vigente y «pendiente» para cuando la Administración cumpla su obligación de inscribir dicha expropiación. La Dirección General vuelve a reconocer implícitamente la vigencia del principio del tracto sucesivo registral gráfico, como vertiente geográfica del principio del tracto sucesivo del artículo 20.

2. *Una vez que el título de las operaciones citadas ha accedido al Registro, en principio, para modificar la descripción de las fincas resultantes,*

debería aplicarse el mismo procedimiento, por las garantías que implica, pero la Dirección General ha matizado, en algún caso, esta regla general.

Así, respecto de fincas procedentes de concentración parcelaria, la RDGSJFP de 20 de enero de 2020 reitera la doctrina por la que cabe la georreferenciación de fincas procedentes de concentración parcelaria y según la RDGRN de 30 de octubre de 2019 la rectificación de la descripción de las mismas, para adecuarse a su georreferenciación, pueda realizarse por la vía de los artículos 199 y 201.1 de la LH. Y ello aunque el artículo 201.1 de la LH, con criterio que la Dirección General estima extensible al artículo 199, dispone que la rectificación descriptiva de finca resultante de expediente administrativo de reorganización de la propiedad exige la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, pero para la Dirección General puede admitirse la rectificación, sin cumplirse tales exigencias, cuando el registrador no tenga duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la parcela de la certificación catastral aportada, aunque puedan resultar diferencias superficiales, que no impidan la identificación indubitada de la finca.

Es decir, que cabe esa rectificación, porque la descripción que ahora se pretende, es la que debió constar en su día, ya que pueden surgir diferencias entre la reordenación de la propiedad hecha en el plano y su plasmación en la realidad física. Por ello, el límite se sitúa en la ausencia de dudas del registrador en la identidad de la finca, en cumplimiento de la regla del tracto sucesivo registral gráfico. Es decir, el registrador debe calificar que esas diferencias superficiales no alteran la reordenación de la propiedad que se estableció en el título de concentración parcelaria, pues en ese caso, si sería necesario rectificar el mismo, con los mismos requisitos procedimentales, seguidos en la elaboración de este.

Idéntico criterio establece la RDGRN de 19 de diciembre de 2019 para fincas procedentes de un expediente de equidistribución urbanística, cuya descripción puede modificarse, para adaptarse a la de su georreferenciación, respecto de la que constaba en el título inscrito, siempre que el registrador no tenga dudas respecto de su identidad, no se opongan los posibles colindantes afectados y la nueva descripción no suponga nueva ordenación de los terrenos, que determinaría la rectificación de la reparcelación, con sus garantías procedimentales. Por ello, en el caso de la resolución citada, la Dirección General estimó fundadas las dudas del registrador, afirmando que *«no ha quedado determinado en este caso que el recinto de la representación gráfica que ahora se aporta, cuya superficie es superior al diez por ciento de la inscrita, se refiera a la misma porción del territorio que la finca registral. Así, la operación que se pretende conllevaría una reordenación de terrenos distinta a la prevista en el procedimiento administrativo ya inscrito y que está bajo la salvaguarda de los tribunales»*. Esta afirmación vuelve a poner

de manifiesto el reconocimiento por la Dirección General de la existencia de una regla de tracto sucesivo registral gráfico en estos expedientes de concentración parcelaria o equidistribución urbanística, al entender que no se entiende interrumpido el mismo por la inscripción de rectificaciones de superficie inferiores al 10% de la cabida inscrita, siempre que se aprecie identidad de la finca, tal y como ahora se describe, con la que se inscribió en su día como finca resultante de esas operaciones. En las superiores al 10 %, parece que debe presumirse que suponen nueva ordenación de los terrenos y requieren la modificación del título administrativo original, con el procedimiento adecuado para ello, conforme al artículo 201.1 de la LH, para respetar la regla del tracto sucesivo registral gráfico.

- c) En las operaciones de agrupación, agregación, división y segregación de fincas

En las operaciones de modificación de entidades hipotecarias también podemos observar en la doctrina de la Dirección General un reconocimiento implícito de la regla de tracto sucesivo registral gráfico. De ella resulta que el registrador ha de comparar la situación registral previa de las fincas, cuyas georreferenciaciones podrán aportarse por los interesados o identificarse por el registrador en la aplicación informática del artículo 9, con las fincas resultantes de estas operaciones, aportadas por el titular registral, de origen catastral o alternativo.

En el caso de diferencias superficiales, si son inferiores al 10% de la cabida inscrita, podrá rectificarse la superficie de las fincas originarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 b) de la LH, es decir, en el seno de un procedimiento registral, con rectificación de la descripción, que puede constar en el asiento de la finca resultante, como supuesto de tracto abreviado y con notificación posterior a colindantes, como declaró la RDGRN de 12 de febrero de 2016, cuando de la calificación registral no resulte colindante afectado alguno.

Si son superiores al 10% de la cabida inscrita, debe tutelarse el derecho de los posibles colindantes afectados, tramitando un expediente del artículo 199 de la LH, según la RDGRN de 22 de mayo de 2019, para rectificar la cabida de las fincas a las que afecta la operación de modificación de la entidad hipotecaria, pues el registrador debe apreciar la correspondencia de la situación registral previa con la resultante de estas operaciones y su georreferenciación, para evitar que pueda extenderse la situación física amparada en el folio a superficies no registradas en su día, o que puedan encubrirse operaciones de modificación de entidad hipotecaria no tituladas,

o sin acceso registral, para garantizar el cumplimiento de esa regla del tracto sucesivo registral gráfico.

Podrá también prescindirse de la georreferenciación de fincas registrales de vida efímera, cuando inmediatamente después de su agrupación, son objeto de segregación, como supuesto de tracto sucesivo abreviado, pues como declaró la RDGRN de 7 de septiembre de 2016, *«es posible prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro. Así lo impone la interpretación conjunta de los artículos 9.b), 198 y 199 de la Ley Hipotecaria y la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral»*.

La RDGRN de 5 de octubre de 2017 reconoce claramente la extensión del principio de tracto sucesivo a la descripción de la finca y por ende, la repercusión geográfica del principio, al declarar en su fundamento de derecho 2.º que el artículo 20 de la LH: *«recoge el principio de tracto sucesivo, uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario que exige que en el Registro figuren todas las transmisiones realizadas, sin ruptura de la cadena de transmisiones y cuya aplicación ha sido reiterada por este Centro Directivo en numerosas Resoluciones. Este principio está íntimamente relacionado con el principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y que supone una presunción “iuris tantum” de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como un reconocimiento de legitimación dispositiva a favor del titular registral, por lo que este principio lleva consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Asimismo, el principio de prioridad se consagra en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria»*. Por ello, ya refiriéndose al caso concreto: *«estos principios son vulnerados ya que la escritura de segregación y venta cuya inscripción se pretende aparece otorgada por persona distinta del actual titular registral»*. Además, *«no aparece reservada superficie alguna, conforme al artículo 47 “in fine” del Reglamento Hipotecario, para el acceso al Registro de la escritura ahora presentada»*, recordando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 1944, exige *«para inscribir una segregación faltando superficie en la matriz, que se proceda previamente a inscribir el exceso de cabida respecto de esta última, inscripción que requiere en todo caso el consentimiento del titular de dicha finca»*, lo que tras la Ley 13/2015, se extiende a la cadena de georreferenciaciones de la finca.

Estos criterios se incorporan a la Resolución Conjunta de la DGSJFP y de la DGC de 7 de octubre de 2020, cuando declara en su número 5 apartados 3 a 5: *«3. En las agrupaciones y agregaciones de inmuebles, no será necesaria la previa inscripción en el Registro de la Propiedad de la representa-*

ción gráfica de cada finca o porción agrupada, siendo suficiente, a efectos de la coordinación, la inscripción de la superficie total del perímetro agrupado. 4. En las segregaciones, la regla general implica que habrá de inscribirse y coordinarse la representación gráfica georreferenciada tanto del resto de la matriz como de la porción segregada. Sin embargo, cuando se trate de fincas registrales con segregaciones o expropiaciones pendientes, que no hayan accedido al folio registral de la matriz y en las que no sea posible la determinación de la finca restante, la inscripción gráfica georreferenciada podrá limitarse exclusivamente a la parte segregada. 5. Esta misma solución será aplicable a las alteraciones físicas meramente instrumentales o intermedias, (segregación con agrupación), que se practican para ser inmediatamente canceladas, siendo suficiente, en tales casos, con que la inscripción gráfica georreferenciada y la coordinación se refiera solo a los inmuebles resultantes».

B) Georreferenciación como circunstancia potestativa de la inscripción

También podemos observar que la Dirección General tiene presente el cumplimiento de esta regla del tracto sucesivo registral gráfico en los supuestos en los que la incorporación de la georreferenciación es potestativa para el registrador, previa rogación expresa o tácita, ya en un procedimiento registral ordinario cuando no hay discordancia con la realidad física ni colindantes afectados por la incorporación, como en supuestos de incorporación mediante expediente del artículo 199, o 201.1 de la LH, cuando exista esa discordancia y en la georreferenciación de la obra nueva.

a) Inscripción de georreferenciación sin discordancia con la realidad física

Se producirá en un procedimiento registral ordinario, sin necesidad de expediente especial, conforme al artículo 9, como han declarado las RRDGSJFP de 3, 15 y 19 de junio de 2020, cuando el registrador, previa petición de incorporación, expresa o tácita, rectificando la descripción de la finca, o manifestando que la georreferenciación aportada coincide con la realidad física de la finca, entiende que existe correspondencia entre la representación gráfica georreferenciada aportada y la de la finca inscrita, cuando *ambos recintos* se refieran básicamente a la misma porción de territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de las colindantes, siendo la declaración de correspondencia de exclusiva responsabilidad del registrador, según la RDGSJFP de 2 de enero de 2020.

Pues bien, en la apreciación de las diferencias superficiales inferiores al 10 %, la declaración registral de correspondencia implica que se ha cumplido con la regla del tracto sucesivo registral gráfico, pues la ley presume que esas diferencias superficiales inferiores al 10% de la cabida inscrita, siempre que no haya otras dudas respecto a su identidad o distinción respecto a las fincas colindantes, se deben a cuestiones técnicas y no encubren negocio traslativo alguno o implican una nueva realidad física que pretende acceder al folio registral. Es decir, esa declaración de correspondencia requisito necesario para la incorporación de la georreferenciación al asiento y, en consecuencia, para la producción de efectos jurídicos, porque no se ha alterado el tracto sucesivo de su descripción y georreferenciación.

b) Inscripción de georreferenciación subsanando una discordancia

En este caso, la discordancia con la realidad física deberá subsanarse previamente, previa petición del interesado expresamente o adaptando la descripción a la georreferenciación para poder incorporarla al asiento. Es decir, para poder inscribirla, como circunstancia del asiento. Esa discordancia impide la inscripción de la georreferenciación, precisamente porque supone una interrupción en el tracto sucesivo de la descripción de la finca, que debe reanudarse como presupuesto necesario para que el registrador pueda declarar la correspondencia entre la descripción registral de la finca, georreferenciada con valor auxiliar de calificación y la descripción de la finca hecha en el título con la georreferenciación aportada, pues la correspondencia implica comparar recintos. Y para subsanar la discordancia, el recinto registral, con valor auxiliar de calificación, debe ser objeto de rectificación, notificando a los posibles colindantes anteriores afectados, antes de que pueda declararse la correspondencia con su descripción y georreferenciación actual. Esta es, a nuestro entender, la expresión máxima de la regla del tracto sucesivo registral gráfico. Ello ha sido sancionado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tanto en el caso del expediente del artículo 199, como en el del artículo 201.1 de la LH:

a') En el caso del expediente del artículo 199

La RDGSJFP de 19 de junio de 2020 recoge la doctrina de la misma respecto a los excesos de cabida, al declarar en su fundamento de derecho 2.º y 3.º: «2. *Es doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado: a) La registración de un exceso de cabida stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral*

referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados; b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esa última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente. Este método, por tanto, solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso —inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso —o defecto— de cabida declarado. 3. *Procede reiterar, una vez más, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a la inscripción de representaciones gráficas. El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del art. 9.b) de la Ley Hipotecaria]. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. (...). 4. 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). (...). Por tanto, 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».*

A nuestro juicio, la Dirección General entiende que uno de los extremos a resolver en el expediente es que la georreferenciación actual que se pretende inscribir en el expediente sea el siguiente eslabón de la cadena registral, sin que la misma pueda englobar en el folio registral una nueva realidad física, sin pasar por los requisitos de la inmatriculación y poste-

rior agrupación, o actos jurídicos no documentados o inscritos, por ello declara la resolución citada en su fundamento de derecho 5.º: «*en todo caso la representación gráfica aportada debe referirse a la misma porción de territorio que la finca registral, lo que es presupuesto para la tramitación de este procedimiento y deberá ser objeto de calificación por el registrador*». Y esas dudas registrales están justificadas cuando la diferencia superficial entre la descripción registral y la que ahora se pretende inscribir y georreferenciar sea desproporcionada, bien sea por su magnitud, o por variar en sucesivas actualizaciones catastrales, declarando en el párrafo 2.º del fundamento de derecho 7.º: «*Resulta evidente la discrepancia existente en cuanto a la superficie de la parcela que resulta de la comparación de ambas certificaciones catastrales, que por la magnitud de la misma pone de manifiesto una alteración de la línea poligonal de delimitación de la finca, por haberse llevado a cabo cambios en cuanto a su configuración física que pudieran poner de manifiesto que la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada engloba, además, una porción colindante de suelo ajeno, en principio, a la finca objeto del expediente, tratando de conseguir con ello la inmatriculación de una porción de finca adicional. En consecuencia, deben confirmarse las dudas de identidad señaladas por la registradora en su nota de calificación, debiendo recordarse que una herramienta especialmente útil en estos supuestos es la consulta a los antecedentes de la parcela catastral en cuestión, obrantes en la Sede Electrónica del Catastro y a la que el registrador debe acudir, en el ejercicio de su función calificadora, como herramienta auxiliar*». Es decir, las dudas en la identidad de la finca se han manifestado en el caso de la resolución por una ruptura en el tracto sucesivo de la georreferenciación, al pretender ampararse en el folio registral una nueva realidad física, que para ingresar en el Registro deberá cumplir los requisitos adecuados para ello, especialmente los de causa y forma.

b') En el caso del expediente del artículo 201.1

La RDGSJFP de 25 de febrero de 2020 ha declarado que no es preciso que exista coincidencia entre la descripción de la finca en el título de dominio del promotor y la que ahora se pretende inscribir, pues lo que debe aportarse es su descripción actualizada y si el registrador tiene dudas en la identidad de la finca, debe expresarlas al expedir la certificación registral, al inicio del expediente. En ese momento ya efectúa una primera calificación registral, sin que pueda alegarlas después, según la RDGSJFP de 16 de julio de 2020, para que las mismas puedan disiparse en el transcurso del expediente, como declaró la RDGRN de 4 de diciembre de 2019, mediante las pruebas que el notario tramitante estime convenientes, que no pueden

limitarse a la práctica de las notificaciones legalmente previstas, sino que debe practicar pruebas y averiguaciones que desvirtúen tales dudas, que se evaluarán, según la RDGSJFP de 17 de junio de 2020, en el momento de la segunda calificación registral.

Esas dudas pueden estar fundadas, de un lado, en la gran desproporción entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende registrar, y de otro en las alteraciones en el perímetro y superficie catastral de la finca. Estas circunstancias, a juicio de la Dirección General, denotan un incremento superficial a costa de un terreno adicional colindante, revelando la intención de aplicar al folio registral tal superficie colindante, con encubrimiento de un negocio de modificación de entidad hipotecaria. Así en la RDGSJFP de 17 de junio de 2020, en un caso donde existía gran desproporción entre la superficie de la finca inscrita y la que se pretendía inscribir, unida a las alteraciones catastrales efectuadas en la finca tras su inmatriculación, con certificación catastral coincidente con la finca que se inmatriculó, inducían a pensar que había existido operaciones de modificación de entidades hipotecarias sin acceso registral, declarando la Dirección General que, si bien en principio no puede el registrador rechazar la inscripción por el solo hecho de la desproporción superficial existente, sí puede hacerlo si, habiéndose advertido en la certificación la existencia de las alteraciones catastrales y resultando de estas una alteración del perímetro, forma y superficie de la finca inscrita, en el acta notarial no consta que el notario haya practicado pruebas, diligencias o averiguaciones para disipar las dudas del registrador al expedir la certificación, limitándose a los trámites de notificación previstos legalmente, sin que sea obstáculo que ningún colindante se haya opuesto, pues este hecho por sí solo nada prueba acerca de la inexistencia de posibles negocios jurídicos o adiciones de terreno no documentadas. Por tanto, se trata también de evitar que, en la tramitación del expediente del artículo 201.1 se rompa la cadena de descripciones de la finca, so pretexto de inscribir su descripción y georreferenciación actualizada, es decir, se trata de mantener la regla del tracto sucesivo registral gráfico, como extensión del principio del tracto sucesivo literario del artículo 20 de la LH.

c) En la Inscripción de una obra nueva, al amparo del artículo 202 de la LH

Es donde el respeto a la regla del tracto sucesivo registral gráfico se ha producido de una manera especial. Por un lado, el artículo 202 introduce un nuevo requisito de inscripción de la obra nueva, cual es la *«porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica»*. La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la DGRN, señaló,

en su apartado octavo, punto 1, que *«cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique»*.

La RDGSJFP de 4 de marzo de 2020, ha resumido la posición de la misma respecto a la inscripción de la obra nueva, al declarar en su fundamento de derecho 2.º y 3.º: *«La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella. Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca»*.

Más adelante, declara: *«El cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca. Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por ello, como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016), 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, tal y como ya contempló este Centro Directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015»*.

Y concluye: *«Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se lleven a cabo actuaciones especiales con*

notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación si lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara». Lo que requiere es la comparación de recintos, pues según su fundamento de derecho 3.º: «no basta comparar en términos aritméticos las superficies de las edificaciones declaradas con respecto a la de la finca sobre la que se declaran, sino que es preciso comparar las ubicaciones geográficas de aquella con la de esta. Y no constando inscrita esta última, no es posible efectuar tal comparación geométrica». Ello no impide la inscripción de la obra nueva cuando «por otros datos descriptivos no georreferenciados el registrador, ya bajo su responsabilidad, alcanzara la certeza de que esa porción de suelo ocupado por las edificaciones se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, a lo que cabría añadir que llegase a esta conclusión por otros datos o documentos técnicos que se aporten en el título. La circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela (como sucede en el supuesto de este expediente en cuanto alguno de los elementos constructivos declarados) 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 otras posteriores como la de 4 de enero de 2019».

De esta resolución podemos extraer una serie de conclusiones:

1. La exigencia de identificar las coordenadas del suelo ocupado por la edificación tiene por objeto calificar que la misma se ubica íntegramente dentro de la finca sobre la que se declara la misma.

2. Si la finca tiene una georreferenciación inscrita, esa calificación consistirá en la comparación de ambos recintos y si la obra se ubica parcialmente fuera de la finca, ello podrá suponer una duda del registrador sobre la identidad de la finca, que habrá que subsanar, bien determinando las coordenadas correctas, en caso de que sean erróneas, o rectificando la descripción de la finca, mediante expediente adecuado para ello, porque se ha producido una modificación descriptiva de la finca, que no ha tenido acceso al Registro, con lo que se subsanaría el tracto sucesivo gráfico interrumpido.

3. Si la finca no tiene una georreferenciación inscrita, el registrador habrá de proceder a su identificación georreferenciada, con valor auxiliar de calificación, para poder efectuar la comparación de recintos y:

a) Si no tiene dudas sobre la identidad de la finca, por no haberse interrumpido el tracto sucesivo de su descripción y georreferenciación y la

obra se ubica íntegramente sobre la edificación, al no ocupar la totalidad del suelo, podrá inscribirla, sin inscribir la georreferenciación de la finca, por no ser la obra nueva uno de los supuestos enumerados en el artículo 9 b) primer párrafo, lo que para nosotros no es más que un olvido del legislador.

b) Si tiene dudas en la identidad de la finca, ocupe o no la obra la totalidad de la superficie de la finca, podrá iniciar de oficio un expediente del artículo 199 para rectificar su descripción y poder efectuar la comparación de recintos con seguridad, reanudando el tracto sucesivo interrumpido entre la descripción de la finca y su georreferenciación.

Sin embargo, como entendió la Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015, puede defenderse, desde el punto de vista de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, que la georreferenciación de la descripción de la finca es requisito previo necesario para la inscripción de la obra nueva, porque:

a) El artículo 202 se integra en el título VI de la LH, bajo la rúbrica «*De la concordancia del registro con la realidad jurídica*», por lo que la inscripción de una obra nueva supone concordancia con la realidad jurídica, desde el punto de vista de la superficie del suelo ocupada por la edificación y del punto de vista de la descripción y georreferenciación de la finca en la que se ubique, pues la razón de la exigencia es comprobar que la obra se ubica íntegramente en el suelo de la finca y cuando el registrador logra esa convicción, debe dejar constancia de las razones de su decisión en el asiento, incorporando las coordenadas de georreferenciación de la superficie del suelo ocupado por la edificación.

b) No es posible hacer constar en el asiento las coordenadas de la superficie de suelo ocupado por la edificación (contenido), sin hacer constar las que delimitan la geometría de la finca sobre la que se declara la obra (continente), pues en ese caso, quien quiera consultar la obra nueva en el geoportal registral se encontraría con una geometría inscrita dentro de otra que no lo está, pudiendo interpretar erróneamente esa información. El hecho de no incluir la inscripción de la obra nueva en los supuestos de incorporación de la georreferenciación como circunstancia necesaria del asiento del artículo 9 b) primer párrafo no pueda impedir esa interpretación, dada la redacción y ubicación sistemática del artículo 202 de la LH.

Supuesto especial es el que se plantea, cuando la obra nueva consiste en un edificio dividido horizontalmente. En este caso, la inscripción de la georreferenciación y de las coordenadas de la superficie del suelo ocupado por la edificación siempre se va a referir a la finca matriz sobre la que se declara la obra nueva. Los elementos privativos y comunes, en la actualidad mientras no se implemente una funcionalidad en tres dimensiones en la aplicación informática homologada, no son objeto de posible georreferenciación.

No obstante, el artículo 202 no olvida la regla del tracto sucesivo registral gráfico, aunque no sea georreferenciado, cuando dispone: «*En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro*». De este modo, el registrador, tomará la representación gráfica de cada elemento privativo del Libro del Edificio, que se archiva en el Registro, pues a los comunes no se les abre folio y se describen en el folio de la finca matriz, y podrá firmarlo con su firma electrónica, generando un CSV, que se inserta en la inscripción, para completar la descripción del elemento privativo. Si esa representación gráfica contiene información sobre cotas e instalaciones, es muy útil a la hora de realizar reformas en el elemento privativo, pudiendo obtenerse con facilidad esa información, a través de la publicidad registral. Por tanto, vemos un tracto sucesivo registral gráfico, mediante el encadenamiento de georreferenciaciones, la de la finca y la de la superficie del suelo ocupado por la edificación con una representación gráfica, la del piso o local, para adecuarse al sistema de folio múltiple para los supuestos de horizontalidad, para cumplir con el principio de especialidad. Si la división horizontal es tumbada, de modo que las construcciones se ubican sobre el suelo, parece que es exigible la georreferenciación de cada elemento privativo y los comunes, pues han de identificarse las coordenadas del suelo ocupado por la edificación.

Las sucesivas modificaciones descriptivas de los elementos privativos o comunes de una propiedad horizontal no pueden hacerse por la vía de los artículos 199 o 201, sino modificando el título constitutivo, conforme a la Ley de Propiedad Horizontal.

4. CONCEPTO Y CARACTERES DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO REGISTRAL GRÁFICO

Vistos los reflejos del principio de tracto sucesivo registral en la legislación, en la doctrina científica y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, podemos definir el principio de tracto sucesivo registral gráfico, como la vertiente geográfica del principio del tracto sucesivo registral, consistente en la técnica del sistema de folio real, que trata de ordenar mediante el eslabonamiento ininterrumpido de un archivo electrónico que se incorpora a un folio real en soporte papel, las diferentes georreferenciaciones que completan la descripción de la finca, desde su incorporación al asiento, para que se correspondan con la descripción actualizada, derivada de la voluntad del titular registral y no de hechos ajenos a su voluntad, que no han tenido acceso registral, ya sea en forma de actos jurídicos no inscritos, o en forma de actualización de cartografías no registrales.

Por tanto, sus caracteres son:

A) Es una técnica operativa del sistema de folio real

El historial registral de la finca reflejará convenientemente eslabonada la georreferenciación de la finca publicable, de modo que las hipotéticas modificaciones descriptivas deriven de la voluntad del titular registral.

Ciertamente, la técnica operativa tiene un componente especial, al incorporar a un asiento literario en soporte papel un archivo de origen electrónico en formato GML. Para lo cual ha de transformarse previamente a circunstancia legible por la mente humana, para que pueda hacerse constar debidamente identificado en el asiento literario. Por ello, el archivo GML registral firmado con la firma electrónica del registrador, para generar un código seguro de verificación, que lo individualiza, se puede incorporar al asiento, insertando en su cuerpo ese CSV. Aunque su visualización inteligible para el usuario se producirá a través del geoportal. A partir de ese primer acceso de la georreferenciación, en cada acto o negocio jurídico inscribible, el titular registral deberá, o bien mantener esa descripción actualizándola a la fecha del asiento, o bien modificarla, cumpliendo con los requisitos exigidos por la Ley para ello. El eslabonamiento de georreferenciaciones consta en el asiento y se visualiza en la aplicación informática del artículo 9 de la LH, con valor auxiliar de calificación y en el geoportal registral, para su consulta por tercero, que podrá pedir publicidad registral de la georreferenciación inscrita, configurándose el geoportal como extensión electrónica de una circunstancia del asiento, precisamente, a través del CSV inscrito, que la individualiza.

B) Supone un encadenamiento descriptivo

De modo que, una vez inscrita la georreferenciación de la finca, sus sucesivas modificaciones descriptivas y geográficas, para poder acceder al Registro, deben basarse en la voluntad del titular y en la situación registral previa a la modificación. Ese encadenamiento puede conseguirse de dos maneras:

a) Una rígida, con asiento propio para cada acto o negocio inscribible

Es decir, todo acto que modifique la descripción de la finca, como una segregación, deberá incorporar la georreferenciación de la finca segregada, como nueva finca a la que se abre folio y de la finca resto tras la segregación, sin perjuicio de que cuando haya varias segregaciones de una misma

que no hayan accedido al Registro previamente, puedan identificarse geográficamente para poder inscribir con seguridad la que ahora se segrega y la resto, tal y como resulta de la última segregación, por aplicación del artículo 47.2 del RH.

b) Otra flexible, cuando en un asiento constan varias modificaciones.

Como ocurre en el caso visto anteriormente de finca colindante con dominio público, cuya georreferenciación solo podrá inscribirse respetando la delimitación resultante del acto declarativo de delimitación del dominio público, aunque todavía no se haya inscrito el acto ejecutivo, debiendo ser consentida esa modificación por el titular registral de la finca; o cuando se inscribe una obra nueva y previamente haya que realizar modificaciones descriptivas en la finca sobre la que se declara la misma, tramitando un expediente del título VI para rectificar en el mismo asiento la descripción de la finca, para resolver las dudas del registrador sobre su identidad (Tracto sucesivo abreviado).

C) Requiere la previa inscripción de la modificación descriptiva sin acceso registral

Es decir, cuando se inscriba el título que modifica la descripción de la finca, cualquier otra modificación descriptiva, de cualquier fecha, deberá ser constatada registralmente, para asegurarse de que la misma obedece a título causal válido. Esta es la gran diferencia entre la georreferenciación inscrita y las que no lo están.

La inscrita, por aplicación de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, tiene un valor histórico, es decir, se considera actual mientras su titular registral no la modifique mediante acto jurídico adecuado para ello, sin que el Registro pueda tener en cuenta modificaciones extrarregistrales posteriores, ya sea por actuaciones de hecho de su titular registral o de titulares registrales de fincas colindantes, o por actualizaciones catastrales posteriores, derivadas de la aplicación de su normativa específica, las cuales no pueden producir efectos jurídicos, aunque tengan una apariencia tangible, ni pueden ser tenidas en cuenta por el registrador.

Ello determina que si una finca está coordinada gráficamente con el Catastro, en una fecha determinada, por contar con georreferenciación inscrita de origen catastral, cualquier alteración catastral posterior, derivada de su normativa específica no podrá inscribirse en el Registro si no la presenta su titular registral, ni producirá efectos jurídicos, sin que la descoordinación gráfica posterior, derivada de actuación unilateral del Catastro por ajustes

cartográficos implique la pérdida de los efectos del principio de legitimación registral, mientras no sea consentido por su titular registral, u ordenado por una resolución judicial recaída en procedimiento en el que el titular registral haya sido demandado.

Del mismo modo, si una finca tiene una georreferenciación, de origen alternativo, inscrita, pendiente de coordinación con el Catastro, si no se realiza la actualización catastral, por cuestiones técnicas de cartografía, la georreferenciación inscrita producirá efectos jurídicos, haciendo constar su condición de no coordinada con el Catastro, puesto que su inscripción ha resultado de una petición del titular registral y de una calificación positiva del registrador, y una vez inscrita la georreferenciación, se rige por los principios hipotecarios y los asientos una vez practicados, están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1.3 de la LH) y solo pueden modificarse por voluntad del titular del derecho o resolución judicial en procedimiento donde este haya sido demandado (art. 40).

Y ello ha de ser así, porque la descripción de una realidad física dominical no ha de ser única en el Registro y en el Catastro. Es única su apariencia tangible, pero no tienen porque serlo las formas en que la misma puede contemplarse, siendo distintos los modos en que contemplan la realidad física el Registro y el Catastro. Por tanto, aunque sea una la realidad física, no tienen porque coincidir las descripciones registrales y las catastrales, pues finca registral y parcela catastral son realidades conceptuales diferentes, que deberán coordinarse, pero so pretexto de esa coordinación no puede pretenderse, proponer o imponer una coincidencia, que empobrece el sistema y produce desajustes, disensiones y problemas para los ciudadanos¹². Esa autonomía se reconoce en la propia exposición de motivos de la Ley 13/2015, que determina que la georreferenciación que se inscribe por cumplir una serie de requisitos se rige por los principios de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del intercambio de información entre el Registro y el Catastro, esencia del estado de coordinación, sobre una misma realidad física, es decir, un mismo inmueble. Este es uno de los principios que no podemos olvidar en la interpretación de la Ley 13/2015, pues los efectos jurídicos frente a terceros están reservados a la sustancia registral y no a otras sustancias no registrales.

D) Es presupuesto estructural para los efectos esenciales del sistema

Pues el principio de tracto sucesivo, en su vertiente geográfica, contribuye a la formación del contenido registral publicable y posibilita la producción de ciertos efectos esenciales del sistema registral de publicidad, como:

1. El desconocimiento de la modificación descriptiva no inscrita derivada del principio de integración del folio registral y el de oponibilidad del artículo 32 de la LH.

2. El sometimiento al principio de legalidad de toda modificación descriptiva que pretenda su acceso registral, derivada de la voluntad de su titular registral, mediante el juicio registral de correspondencia del artículo 9 de la LH.

3. La inserción de la georreferenciación de la finca en el historial registral permite que la inscripción se aleje del título que la provocó y adquiera virtualidad por sí misma, al someterse a principios distintos de los de su origen, sea catastral o alternativo, permitiendo, por ejemplo, el juego del principio de legitimación registral, que nace de los asientos del Registro y no de circunstancias ajenas al mismo.

4. El orden que implica la regla del tracto determina la posición relativa de cada descripción en el historial de la finca, siendo histórica cualquier descripción que conste en asiento anterior y actual, la que resulta del último asiento practicado. Distinta interpretación tiene el término actual en sede registral, donde deriva de la voluntad del titular registral que puede mantener la descripción o modificarla, o de una Administración competente, que puede realizar una actividad de reordenación de los terrenos, a través del procedimiento adecuado y en sede catastral, donde la georreferenciación ha de actualizarse, aunque dicha actualización no derive de la voluntad del titular catastral u obedezca a actuaciones de hecho del mismo, que deberán producir sus efectos en Catastro, como reveladores de una determinada capacidad económica. Esa actividad catastral de actualización es necesaria para poder determinar la justa contribución de la riqueza territorial. Pero ello no determina que no hayan de ser tenidas en cuenta estas actualizaciones en la configuración de la georreferenciación inscrita, que denominamos base gráfica registral, por lo que podremos diferenciar dos modos de manifestarse la regla del tracto sucesivo registral gráfico¹³.

E) Se manifiesta de modo distinto en el aspecto material y formal

La regla del tracto sucesivo registral gráfico se aplica a los títulos que modifiquen la descripción de la finca, afectando a la georreferenciación que completa la descripción registral, en la que hemos de diferenciar dos aspectos:

a) En el aspecto material, la patología de la doble inmatriculación

El principio se manifiesta en las alteraciones descriptivas de la finca, distinguiendo según deriven de la voluntad de su propietario, ya sea afec-

tando a la configuración externa del perímetro de la finca, a través de las denominadas operaciones de modificación de entidades hipotecarias, o a la configuración de su aspecto interior, mediante actividades constructivas o edificatorias, o de la voluntad de la Administración, cuando realiza actividades de reordenación de los terrenos, que deben apoyarse en la situación preexistente de los derechos inscritos.

En este caso, la base gráfica registral completará la descripción de la finca y producirá efectos sustantivos.

En este aspecto material, nos podemos encontrar con el problema de la doble inmatriculación, como patología propia de un Registro íntegramente literario, que no se produce en un Registro con una base física georreferenciada, por la cual una misma porción de territorio aparece descrita en folios registrales diferentes.

En muchas ocasiones, esa patología registral es, en realidad, un problema de tracto. Así ocurre cuando una finca de grandes dimensiones va segregándose sucesivamente en sucesivas fincas de extensión inferior, de las cuales unas tienen acceso registral y otras no. Estas son objeto de sucesivas transmisiones y llega un momento que su titular quiere inscribir una no inscrita en el Registro con su descripción actualizada.

Esta situación, en un Registro con descripciones literarias complementadas por las georreferenciaciones inscritas de las fincas, puede resolverse aplicando la regla del tracto sucesivo registral gráfico, georreferenciando la finca que se pretende inscribir y las resultantes, tras la práctica de esa operación. Tras la Ley 13/2015, la doble inmatriculación se regula en el artículo 209 de la LH, pensando en la doble inmatriculación en un ámbito exclusivamente literario, cuya existencia aflora el sistema de bases gráficas del Distrito Hipotecario, la cual debe ser apreciada por el registrador, mediante el análisis del archivo registral literario y gráfico, distinguiendo dos soluciones, según sea o no contenciosa:

1. En la no contenciosa, por coincidir el titular registral y los históricos registrales de las fincas, sin perjuicio para tercero, el registrador, con consentimiento de los interesados, aplicando una regla de tracto, cancelará el folio registral más reciente, por aplicación de una regla de prioridad registral.

2. En la contenciosa, por ser distintos los titulares registrales de las fincas doblemente inmatriculadas, o las cargas inscritas o, cuando siendo coincidentes no guardasen idéntico orden, el registrador intentará lograr el acuerdo de los interesados, aplicando una regla de tracto, en cuyo caso, cancelará el folio registral más reciente, aplicando una regla de prioridad registral. Si no logra el acuerdo, el promotor puede entablar el juicio declarativo correspondiente, pues ya no estamos ante un problema de orden registral, sino de orden sustantivo, al existir contienda sobre la prioridad

de los derechos, a resolver por los tribunales, pues la doble inmatriculación, junto a la falta de acuerdo para resolverla, neutraliza la aplicación de los principios hipotecarios.

Pero, una vez inscrita la georreferenciación de la finca, con el escenario de configuración vigente en ese momento, la base gráfica registral actúa como punto de inicio para concordar la evolución posterior del territorio, apoyándose en la regla del tracto sucesivo. En ese caso, la georreferenciación posterior que no respete la inscrita deberá, o bien adaptarse a ella, o bien modificarla, con acuerdo de su titular registral o resolución judicial en proceso en el que sea vencido el titular registral de la finca colindante, que se opone a la inscripción de la georreferenciación que ahora se pretende, por aplicación del principio de legitimación registral. Es decir, la doble inmatriculación, una vez georreferenciadas todas las fincas registrales, ya no aparecerá como una patología registral.

b) En el aspecto formal, la patología de los desplazamientos de cartografía

El principio se manifiesta cuando accede al Registro de la Propiedad una actualización de la cartografía catastral o de la ortofoto PNOA vigente, o se incorpora una cartografía pública más exacta, que permite precisar más la geometría de la finca sobre el escenario de configuración de la aplicación informática del artículo 9, siendo una modificación tecnológica mediante la adaptación mínima de la georreferenciación inscrita a su nuevo escenario de configuración, que al no alterar el contenido del derecho inscrito no requiere consentimiento del titular registral.

Es la decisión del registrador de inscribir la georreferenciación aportada la que anuda la geometría de la finca al escenario de configuración del que dispone el registrador al calificar, sancionada con su firma. Por lo que, aplicando el principio de tracto sucesivo registral gráfico en su vertiente formal, deberá ser decisión del registrador realizar esa operación tecnológica de adaptación al nuevo escenario, sin alterar la realidad física de la finca, pues es el límite a partir del cual se requiere consentimiento del titular registral.

Es posible que ello pueda producir solapamientos técnicos entre bases gráficas registrales incorporadas al folio real de la finca en diferentes momentos históricos, con escenarios de configuración distintos entre sí. Por ello, debe ser posible realizar las operaciones gráficas de ajuste, sin necesidad del consentimiento de los titulares afectados, por no alterar la realidad física que pretende ampararse en el folio registral. Lo que no pueden admitirse son solapamientos jurídicos, que deriven en situaciones de doble inmatriculación de una misma porción de terreno en folios registrales diferentes.

Y ello porque el escenario de configuración es solo una representación abstracta de la apariencia tangible y no la realidad física en sí misma considerada, por lo que la actualización de esa representación abstracta no puede producir efectos jurídicos, puesto que no se altera la realidad física de la finca, aunque puedan variar las coordenadas.

La patología que puede aparecer en esta operación tecnológica de adaptación, que no requiere consentimiento del titular registral es la del desplazamiento de cartografía catastral, que se produce cuando la cartografía de determinada porción del territorio se desajusta al superponerla con la ortofoto PNOA vigente del territorio, siendo correcta la geometría de las fincas¹⁴. Debemos diferenciar dos situaciones, que pueden darse en un único supuesto:

1. *La inexactitud catastral por el mal levantamiento de la cartografía catastral* de una finca concreta y determinada, o como lo denomina la RC de 7 de octubre de 2020, la discrepancia geométrica, que se produce cuando las coordenadas de georreferenciación, técnicamente bien georreferenciadas, no coinciden con los límites jurídicos de las fincas, es decir existen diferencias: «en lo referente a la superficie y relaciones topológicas con las parcelas colindantes, entre la representación del inmueble en la cartografía catastral y su comparación con la representación del mismo mediante otra cartografía oficial que delimite el dominio público, levantamiento u ortofotografía del PNOA». Estamos ante un problema jurídico y no técnico y la discrepancia geométrica podrá ser corregida «mediante una representación gráfica georreferenciada alternativa aportada por el propietario de la misma, en ejercicio de su derecho a la mejora de la precisión métrica», mediante expediente de los del título VI de la LH.

2. *El desplazamiento de cartografía propiamente dicho*, donde las coordenadas están mal georreferenciadas, por estar desplazadas, pero representan una figura y unas dimensiones y superficies que sí se corresponden con los límites jurídicos de las fincas. Siendo una patología técnica de la cartografía, se plantea la cuestión de su tratamiento en sus relaciones con el Registro de la Propiedad.

En la doctrina científica, JIMÉNEZ CLAR, aboga por la inscripción de la georreferenciación de la finca, con sus coordenadas desplazadas, las cuales tienen un valor instrumental de identificación de un objeto espacial, pero no son datos absolutos pues la descripción registral de un inmueble no ha de basarse solo en las coordenadas, es decir «en el Registro de la Propiedad no se inscriben las coordenadas de un inmueble sino un inmueble se inscribe mediante sus coordenadas». Y si hay una georreferenciación alternativa realizada por un técnico, en su informe comunicará al Catastro la magnitud del desplazamiento de la cartografía para que el Catastro ajuste

al mismo tiempo toda la cartografía desplazada. De esta forma constarán las coordenadas reales de cada parcela dentro de la zona desplazada sin alterar las relaciones topológicas entre las mismas.

DELGADO RAMOS parte de una serie de premisas como: que la resolución de los desplazamientos cartográficos no son una prioridad del Catastro, que las ortofotos PNOA actuales no presentan esta patología y que las coordenadas más exactas son las tomadas por el técnico sobre el terreno, llegando a la conclusión de que no pueden inscribirse las coordenadas desplazadas, pues no sitúan correctamente las fincas sobre el terreno. Para solucionar el problema propone, por un lado, la admisión de la georreferenciación alternativa en la inmatriculación, cuando la catastral esté desplazada; por otro lado, que la aplicación gráfica registral pueda metadatar y procesar el desplazamiento de cartografía catastral, documentando, procesando y publicando el dato del desplazamiento catastral, determinado por un técnico en una georreferenciación alternativa o calcular por sí misma ese dato con respecto a la ortofotografía oficial del PNOA y que tenga funcionalidades auxiliares para corregir visualmente los desplazamientos para que, al calificar, se distingan los huecos y solapes reales de los meramente virtuales, contando con un conversor de coordenadas, que con el dato del desplazamiento traduzca las coordenadas catastrales a reales.

2. Desde el punto de vista legal, la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Catastro de 26 de octubre de 2015, se limitaba a decir en su apartado 7.º: *«Si se realiza un levantamiento topográfico que ponga de manifiesto que la cartografía catastral presenta un desplazamiento o giro, la representación gráfica resultante se deberá apoyar en la cartografía catastral existente respetando las distancias relativas. El técnico hará constar en su informe la magnitud y dirección del desplazamiento o giro observados»*. Por ello, la RDGRN de 24 de octubre de 2016 declara en su fundamento de derecho 3.º: *«En consecuencia, para la apreciación por el registrador de tal desplazamiento de la cartografía se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al Registro para su inscripción»*, añadiendo posteriormente: *«En todo caso debe recordarse que conforme al artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria la base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los registradores de la propiedad. No corresponde al registrador, en el ejercicio de su función calificadora, revisar de oficio dicha cartografía catastral»*.

Recientemente la Resolución Conjunta de la DGSJFP y la DGC de 7 de octubre de 2020, en sus apartados séptimo y octavo, reitera la competencia del Catastro para la corrección de los desplazamientos de cartografía, sin que la mera existencia de los mismos implique *«invasión real de parcelas colindantes ni del dominio público, ya que la geometría y las relaciones topo-*

lógicas y de colindancia con las parcelas afectadas permanecen invariables» y distingue los dos supuestos de giro o desplazamiento puro y mixto, cuando también tiene discrepancias de geometría, regulando un complicado procedimiento para su subsanación, cuyo estudio no vamos a abordar, por no ser materia del presente artículo, pero que reconoce que la corrección del desplazamiento se corregirá en «el correspondiente procedimiento de rectificación previsto en la normativa catastral, procediéndose al ajuste masivo de todo el área o sector afectado».

Lo que nos interesa destacar aquí es que la relación de esa patología cartográfica con el Registro de la Propiedad debe analizarse bajo el prisma del tracto sucesivo formal, siendo una mera alteración tecnológica, pues la competencia para resolver el giro o desplazamiento es del Catastro, como dice la RC de 7 de octubre de 2020 y el desplazamiento, como patología técnica no implica invasión de finca colindante, sin que por tanto exista defecto jurídico que impida la inscripción.

Por ello, lo que ha de inscribirse es la georreferenciación que completa la finca, cuando el registrador no tenga dudas sobre su correspondencia con la descripción de la finca, cuando se practica el asiento, lo que se refiere a su situación absoluta, sobre la forma y situación del inmueble, pero no a la relativa, respecto a las relaciones topológicas, donde aparece el problema del desplazamiento cartográfico. Por tanto, lo que se inscribe no son las coordenadas de georreferenciación, en sí mismas consideradas, pues no son elementos con sustancia jurídica, sino que en su conjunto son un instrumento geográfico que ayuda a determinar la geometría indubitada de la finca. En palabras de JIMÉNEZ CLAR, el inmueble se describe e inscribe a través de sus coordenadas, sin que las mismas sean objeto de inscripción, siendo su valor instrumental, al carecer de sustancia jurídica. El cumplimiento de la regla del tracto sucesivo formal determina que cuando el registrador logre plena convicción sobre la identidad de la descripción con la georreferenciación aportada y las que resultan del Registro, existiendo un giro o desplazamiento de cartografía, deberá indicarlo en el asiento, expresando la posibilidad de variación de las coordenadas, sin variar la geometría de la finca, cuando el Catastro realice el ajuste masivo del área o sector afectado, pues el Registro opera finca por finca y no puede realizar esa corrección masiva.

La exigencia del doble archivo GML con las coordenadas reales y catastrales desplazadas, puede incorporarse a la aplicación informática homologada, con valor auxiliar de calificación, pero no al asiento. Solo cuando se realice el ajuste masivo que corrija el desplazamiento, el Catastro podrá enviar el resultado al Registro e incorporarse al escenario de configuración, para que el registrador pueda realizar operaciones de ajuste, cuando se vuelva a practicar cualquier asiento sobre la finca, sin necesidad de contar

con el consentimiento previo del titular registral, pues no se altera la realidad física amparada por el folio real, aunque si le notificará las nuevas coordenadas que ubican la finca.

IV. CONCLUSIONES

I. El principio del tracto sucesivo del artículo 20 de la LH, adquiere una vertiente geográfica, tras la Ley 13/2015, consistente en el encadenamiento sucesivo de todas las vicisitudes por las que pasa la descripción de la finca y su georreferenciación sobre representaciones de la realidad física, que completa la descripción de la finca, una vez incorporada al asiento, de modo que cada modificación descriptiva se apoye en el consentimiento de su titular registral y en la descripción y georreferenciación registral previa.

II. El principio del tracto sucesivo registral gráfico se manifiesta de dos modos distintos:

a) Antes de incorporarse al asiento, el registrador deberá velar por el cumplimiento de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, tratando de evitar, al realizar el juicio de correspondencia, el encubrimiento de actos de modificación de entidad hipotecaria, que pretenda extenderse la realidad jurídica protegida por el asiento registral a nuevas realidades físicas que no gozan de la titulación adecuada, o la invasión del dominio público, mediante la consulta a la información territorial asociada que clasifica el dominio público.

b) Una vez incorporada, como técnica del sistema de folio real, se abre un archivo electrónico de la georreferenciación de la finca, que se conecta con el asiento del folio real, configurándose el Registro de la Propiedad español como un auténtico Registro de Derechos que se lleva por fincas georreferenciadas. Dicho archivo electrónico se visualiza para el registrador en la capa auxiliar de georreferenciaci3nes inscritas en su distrito hipotecario, como libro en soporte informático. Para los terceros en el geoportal, como instrumento a través del cual pueden pedir la publicidad registral.

A continuaci3n, en dicho archivo electrónico se irán haciendo constar las georreferenciaci3nes de las modificaciones descriptivas de la finca, derivadas de la voluntad de su titular registral, o de la Administraci3n al efectuar la actividad de ordenaci3n de los terrenos. Estas georreferenciaci3nes deberán apoyarse en la anterior inscrita, aportándose georreferenciaci3n de las fincas resultantes.

No tienen la consideraci3n de modificaciones descriptivas las derivadas de meras actualizaciones tecnológicas de cartografía u ortofotos, sin que se

altere la realidad física de la finca, que permitirán que el registrador realice operaciones de adaptación, sin necesidad de contar con el consentimiento del titular registral.

Tampoco, la asociación de información territorial pública a la base gráfica, por no responder a la técnica propia del tracto sucesivo registral gráfico, cual es el eslabonamiento de las georreferenciaciones de las modificaciones descriptivas, sino a la técnica de la interoperabilidad aplicada al campo registral, referida a un sector del territorio y no a una finca concreta y determinada, tratándose de una información de la que el registrador no es responsable y basarse en un procedimiento netamente tecnológico y no jurídico.

III. Es un principio esencial para distinguir:

a) La inscripción de la georreferenciación, como acto jurídico que provoca una operación registral del procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, que es un hecho, que no produce por sí efectos jurídicos, pues estos siempre derivan del asiento registral, que está bajo la salvaguarda de los tribunales.

b) La base gráfica registral de otras georreferenciaciones, pues una vez inscrita una georreferenciación, cualquiera que sea su origen, se registrará por los principios hipotecarios de la Ley Hipotecaria. Por ello, las alteraciones posteriores de una georreferenciación catastral, por aplicación de la normativa específica, no producirán efectos jurídicos, mientras no sean consentidas por el titular registral y solicitada su inscripción. La descoordinación provocada unilateralmente por el Catastro simplemente es un hecho carente de efectos jurídicos, que solo implica el intercambio de la información entre el Catastro y el Registro, posibilitando el tracto sucesivo registral gráfico la distinción de dos conceptos distintos, pero que se desarrollan de forma paralela al incorporarse la georreferenciación: su inscripción y la coordinación finca registral-parcela catastral.

IV. La regla del tracto sucesivo registral gráfico es esencial para determinar que el objeto de la inscripción no son unas coordenadas descontextualizadas, sino la geometría que forman esas coordenadas, con un escenario de configuración determinado. Ello permitirá distinguir los aspectos material y formal:

a) En el aspecto material, la inscripción de la georreferenciación de una modificación descriptiva requiere que la georreferenciación de la descripción de la finca esté inscrita con anterioridad, con lo que se evita la patología registral de la doble inmatriculación, cuando todas las fincas estén georreferenciadas. Mientras tanto, cuando se enfrenten una descripción registral literaria antigua con su descripción actualizada con su georreferenciación

con valor auxiliar sobre el escenario de configuración actual, y resulte una doble inmatriculación, si no es contenciosa, el registrador comunicándolo al interesado podrá cancelar el folio registral más moderno de la finca y si es contenciosa, intentará lograr un acuerdo entre los interesados para cancelar el folio registral más moderno y el orden de los asientos y de no lograrlo, se acudirá al procedimiento correspondiente.

b) En su aspecto formal, el nexo de la georreferenciación inscrita con su escenario de configuración se produce con la firma del GML registral por el registrador y cualquier actualización de este, se considera como actualización tecnológica, que no altera el derecho inscrito, que permitirá al registrador realizar operaciones tecnológicas de adaptación al nuevo escenario de configuración, sin necesidad de consentimiento del titular registral, siempre que no se modifique la realidad física de la finca. En este aspecto formal, la patología que se produce es la del desplazamiento de cartografía catastral, la cual es una patología tecnológica y no jurídica, que no puede impedir la inscripción de la georreferenciación desplazada, cuando el registrador no tenga dudas sobre la situación absoluta de la geometría y posición de la finca, aunque pueda existir desajuste en la imagen del territorio, donde el desplazamiento tiene menor incidencia, sin perjuicio de advertir la posible variación de las coordenadas, cuando el Catastro proceda a ajustar el polígono concreto y a comunicarlo al Registro de la Propiedad, para que pueda ser tenido en cuenta por el registrador para realizar las operaciones de ajuste, finca por finca, sin necesidad de contar con el consentimiento del titular registral, como alteración tecnológica y no jurídica.

V. ABREVIATURAS

- Art.: Artículo.
- BCNRE: Boletín del Colegio Nacional de Registradores de España.
- CC: Código civil.
- CE: Constitución Española.
- CSV: Código Seguro de Verificación.
- GML: Geographical Market Language.
- LH: Ley Hipotecaria.
- DGC: Dirección General del Catastro.
- DGSJFP: Dirección General del Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- RC: Resolución Conjunta.
- RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
- RD: Real Decreto.
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- RDGSJFP: Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- TRLCI: Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.

VI. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- RDGRN de 6 de noviembre de 1991.
- RDGRN de 23 de marzo de 2013.
- RDGRN de 6 de marzo de 2014.
- RDGRN de 12 de febrero de 2016.
- RDGRN de 27 de junio de 2016.
- RDGRN de 7 de septiembre de 2016.
- RDGRN de 20 de diciembre de 2016.
- RDGRN de 5 de octubre de 2017.
- RDGRN de 26 de septiembre de 2018.
- RDGRN de 30 de junio de 2019.
- RDGRN de 4 de diciembre de 2019.
- RDGRN de 19 de diciembre de 2019.
- RDGSJFP de 2 de enero de 2020.
- RDGSJFP de 20 de enero de 2020.
- RDGSJFP de 3 de febrero de 2020.
- RDGSJFP de 18 de febrero de 2020.
- RDGSJFP de 25 de febrero de 2020.
- RDGSJFP de 4 de marzo de 2020.
- RDGSJFP de 1 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 3 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 15 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 17 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 19 de junio de 2020.
- RDGSJFP de 16 de julio de 2020.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA SEVILLA, L.J. (2013). La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico, *RCDI* núm. 740, 3671-3702.
- (2017). Ordenación territorial y seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria, *RCDI* núm. 760, 605-656.
- CHICO ORTIZ, J.M y BONILLA ENCINA, J.F. (1967). *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1967.
- DELGADO RAMOS J. (2016). Clarificación de conceptos utilizados por la Ley 13/2015. De la simple representación gráfica a la lista de coordenadas. El pro-

- blema de los desplazamientos, disponible en <https://regispro.es/j-delgado-clarificacion-de-conceptos-utilizados-por-la-ley-132015/>
- DÍAZ FRAILE J.M. (2016). El dominio público marítimo-terrestre y el Registro de la Propiedad tras la reforma de la Ley de Costas de 2013: hacia un nuevo paradigma, *BCNRE* núm. 30, 538-556.
- GARCÍA GARCÍA, J.M (2002). *Derecho Inmobiliario Registral, Tomo III*, Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1927). Tracto sucesivo, *RCDI* núm. 33, 678-689. — (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Tomo I. Madrid: Civitas.
- JÉREZ DELGADO, C. (2016). El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios?, *Revista de Derecho Civil*, volumen III, número 1, enero-marzo, 1-23.
- JIMÉNEZ CLAR, A. (2016). Los desplazamientos de cartografía, disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/desplazamientos-cartografia-catastral/>
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1947). *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R.M. (1946). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona: Bosch.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. (2011). La información territorial en el Registro de la Propiedad. La incidencia de la Directiva INSPIRE y de las bases gráficas registrales, *Revista Aranzadi de Derecho Privado Patrimonial* núm. 25, Madrid: Thompson-Reuters.
- VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Barcelona: Bosch.

NOTAS

¹ Dicen CHICO y BONILLA que según NÚÑEZ LAGOS, que en el historial registral de cada finca, como si de una cuenta corriente se tratara, cada título que accede al Registro produce un asiento. La serie de títulos engendra una cadena de asientos y a este rosario de asientos se le llama tracto sucesivo formal. Pero cada título y, por tanto, cada asiento, debe llevar a un titular del derecho. La serie de títulos inscritos produce una genealogía de titulares, que se denomina tracto sucesivo material, lo que lleva a ROCA SASTRE a afirmar que el principio de tracto sucesivo era uno de los principios hipotecarios en todo sistema registral llevado por fincas, que parte del juego de que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer, de modo que se complete el historial jurídico de la finca inmatriculada, llevándose a Registro todos los actos jurídicos que la afecten, bien por medio de asientos separados para cada uno de ellos o por un asiento que comprenda a todos. Pero, frente a esa consideración del tracto sucesivo como principio reaccionan LACRUZ o SANZ, pues entienden que el pretendido principio de tracto sucesivo no es otra cosa que una derivación formal del principio de legitimación.

² El tracto sucesivo se formula como principio hipotecario por Jerónimo GONZÁLEZ, que le atribuye un carácter sustantivo, que desdobra en las dos vertientes indicadas, como ya publicó en esta Revista en el año 1933.

³ ROCA SASTRE se apoya en consideraciones sistemáticas y de Derecho positivo comparado, afirmando «En nuestro Derecho el puesto que ocupa el artículo 20 demuestra

su carácter de precepto de orden meramente registral, pues en el Título II de la Ley Hipotecaria, destinado a regular la forma y efectos de la inscripción, los artículos 6 al 22 son preceptos de índole formal», y «así se entiende en Derecho alemán y suizo. En Alemania figura este principio no en el Código civil, sino en la Ordenanza registral... En Suiza, si bien está contenido en el Código civil, los autores consideran el requisito de previa inscripción como una simple medida de orden».

⁴ Para este autor su lugar adecuado se halla entre los preceptos de carácter formal, pues regula un requisito previo para la práctica de los asientos, sin atribuir por sí a los mismos ningún efecto sustantivo.

⁵ Este autor interpreta el artículo 20 de la LH como «requisito para que el acto dispositivo otorgado pueda inscribirse», añadiendo que la previa titularidad inscrita se exige al tiempo de la inscripción, no al tiempo del otorgamiento del título.

⁶ GARCÍA GARCÍA clasifica los principios hipotecarios en aquellos que se refieren a los efectos de la inscripción y aquellos que se refieren a los requisitos para la práctica de la inscripción, donde incluye el principio de tracto sucesivo.

⁷ Decía VÁZQUEZ ASENJO, sobre el sistema previo a la reforma operada por la Ley 13/2015, que en el tracto modificativo de la descripción de las fincas podemos distinguir: «modificaciones en la configuración alfanumérica de la descripción de las fincas, que al no obedecer a modificaciones tangibles de su realidad aparente, resultan difícilmente representables sobre la imagen del territorio. Con frecuencia se actualizan los linderos personales de las fincas objeto del negocio correspondiente. Simplemente, consiste en actualizar la titularidad de la finca colindante; esta circunstancia no determina modificación alguna en la base gráfica correspondiente, pues el lindero delimitador de las propiedades colindantes sigue siendo el mismo y lo único que ha cambiado ha sido el nombre de titularidad. Este es un tracto de titularidades colindantes de indudable importancia, pero no afecta al sistema de bases gráficas registrales». Es decir, no encontramos en este aspecto la vertiente geográfica del principio de tracto sucesivo. Pero, continúa distinguiendo este autor: «el tracto o encadenamiento de las modificaciones en la configuración geográfica de las entidades hipotecarias inscritas en el Registro de la Propiedad que se van haciendo constar en sucesivos asientos registrales, a lo largo del tiempo. Esta cuestión, que no solo afecta a la alteración de linderos en sentido estricto, sino también al área de la propia finca y a las operaciones, normalmente edificatorias, que se realizan en el interior de las mismas...».

⁸ Según VÁZQUEZ ASENJO, se trata de dos cadenas diferentes, una registral y otra catastral, que corren paralelas para converger y aparecer como una realidad en determinados momentos o para diferenciarse y mostrarse como realidades divergentes, por razones de orden lógico o de orden patológico.

⁹ Entiende JÉREZ DELGADO que aunque a su juicio, «la reforma de la Ley Hipotecaria a la que asistimos es más leve, se refiere a la deseada coordinación Registro-Catastro, y no afecta sustancialmente a la mayoría de los pilares básicos del sistema inmobiliario registral, lo cierto es que este se diseña y conoce a través de sus principios y, por consiguiente, es oportuno revisarlos a fin de constatar el alcance de la nueva Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro».

¹⁰ Continúa diciendo esta autora con relación al principio del tracto sucesivo que la Ley afecta al procedimiento de reanudación del tracto sucesivo interrumpido «Entre otros aspectos el legislador exige al solicitante la presentación de la correspondiente documentación gráfica georreferenciada (aunque no se menciona expresamente el procedimiento de reanudación del tracto sucesivo en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, así parece deducirse de la remisión del art. 208 al art. 203 de la misma). ¿Hasta que punto justifica este cambio hablar de un principio de tracto sucesivo gráfico? Es cierto, de un lado, que toda modificación jurídico real que afecte a los linderos o a la cabida de la finca ha de quedar reflejada en el Registro de la Propiedad, y que ello implicará por tanto

una concatenación de los cambios o modificaciones gráficas del inmueble. Pero a la vez es cierto también que el principio general del tracto sucesivo comprende el principio de tracto sucesivo gráfico (pues, como vemos, el mismo procedimiento lo exige), por lo que el papel de este último para explicar el sistema no es tan relevante como el del primero, no siendo necesario (si bien perfectamente identificable). Cuestión distinta es la de si una modificación que afecte a datos de hecho diversos a la cabida debe también dejar constancia en el folio registral. Como es sabido, esta alteración (por ejemplo, si se edifica o bien si se demuele una edificación), debe describirse, pero no afecta al perímetro ni, por tanto, a la configuración de la base gráfica de la finca registral».

¹¹ Como dice ARRIETA SEVILLA: «*las operaciones de incorporación y de asociación son diferentes. La primera es una acción administrativa en virtud de la cual se pone a disposición del Registro cierta información territorial para su interoperabilidad con la aplicación informática que permite la gestión de información georreferenciada. En cambio, la segunda es la consecuencia de la interoperabilidad a través de la cual la información territorial se vincula a la finca registral cuya representación geográfica se haya elaborado*». Pero su asociación puede configurarse como una regla de tracto sucesivo tanto formal, pues la asociación de esa información no requiere consentimiento del titular registral, como material, pues puede impedir la incorporación de la georreferenciación, hasta que se subsane la posible invasión de un dominio público, aunque no esté deslindado, incluso aunque no esté inscrito.

¹² Como dice VÁZQUEZ ASENJO: «Registro y Catastro son las dos caras de una misma moneda y de todos es sabido que no hay moneda más falsa que la que tiene dos caras o dos cruces iguales (la misma por cada lado). En el Registro permanecen inscritos derechos sobre inmuebles que ya no existen en la realidad física, pero cuyo dominio aun puede ser objeto de tráfico jurídico (pasa mucho con las expropiaciones no inscritas). Pero es que en el Registro aparecen con normal frecuencia inscritos derechos sobre inmuebles que aun no existen en la realidad (En todo proceso constructivo se inscriben hipotecas sobre inmuebles que aun no han sido levantados precisamente para obtener la financiación precisa con la que ejecutar la obra). En fin, podría aportar un sinnúmero de ejemplos donde la descripción inscrita en el Registro no puede ser por razones de orden temporal, espacial y de otros tipos, la misma que la que aparece en la realidad aparente o tangible, que es la que debe reflejar el Catastro. En esos casos no hay cosa más absurda que preguntarse, ¿Qué ha de prevalecer: la descripción catastral o la registral? Pues si alguna de las dos se impusiese a la otra cometeríamos el error de privarnos de un tipo de información que resulta esencial sobre todo cuando puede ser complementada con la otra. La coordinación no es absoluta coincidencia, ni puede serlo. La coordinación es la posibilidad de obtener el recíproco conocimiento de la descripción que, cada una de estas dos instituciones de las que tratamos, hace de una misma parte del territorio en un momento determinado.

Pensar que el Catastro no puede modificar sus descripciones porque se hallan coordinadas en el Registro es ponerle puertas al campo y gracias a Dios, el Catastro no lo hace. El Catastro, como es su obligación sigue alterando las descripciones registrales por muy coordinadas que se encuentren, cuando la realidad aparente del territorio le obliga a ello. Y pensar que la defensa registral de los derechos del propietario quede pendiente de la descripción que el Estado haga de su dominio es igualmente absurdo y gracias a Dios, a pesar de que la última Resolución Conjunta parezca conducirnos a ello, ningún Registrador debería depender de informes técnicos o topográficos carentes de consecuencias jurídicas para efectuar la inscripción de los derechos».

¹³ Según VÁZQUEZ ASENJO: «Junto a la cadena de alteraciones de naturaleza jurídica relativas a la descripción de las fincas y que se van haciendo constar en los sucesivos asientos registrales, se producen en ámbito extrarregistral una serie de acontecimientos que van alterando la realidad aparente o tangible del territorio. Se trata de dos cadenas diferentes (la primera registral y la segunda catastral), que corren paralelas

y que pueden converger y aparecer como una misma realidad en determinados momentos de la historia del territorio o para diferenciarse y mostrarse como realidades divergentes, ya sea por razones de orden lógico o patológico. La base gráfica registral siempre ha de mostrarse como el reflejo gráfico de la cadena de alteraciones descriptivas registrales, pero también ha de tener en cuenta, a la hora de su configuración, la apariencia tangible del territorio sobre el que se halla situada. Ello determinará que la base gráfica registral aparezca como nexo o punto de unión de la comparación en cada momento histórico de las realidades catastral y registral».

¹⁴ Como dice JIMÉNEZ CLAR, «La georreferenciación de un objeto gráfico—un inmueble—contiene dos tipos de información. El primero que vamos a denominar *situación absoluta*, se refiere a la forma y posición del inmueble. El segundo, al que llamaremos *situación relativa*, nos permite establecer las relaciones de proximidad de un inmueble con los inmuebles que le rodean. Este segundo tipo de información —las relaciones topológicas—constituyen uno de los elementos básicos sobre los que la Ley 13/2015 articula la incorporación de la representación gráfica de los inmuebles a los sistemas de información territorial». Como continúa diciendo el autor: «para gestionar de forma eficiente la información territorial no podemos prescindir de ninguna de las dos. (...). Cuando se produce una disociación entre ambos tipos de datos es cuando nos podemos encontrar con los desplazamientos de cartografía», debiendo diferenciarse «cuando existe diferencias entre ambos tipos de información (georreferenciación y relaciones topológicas) y entre ambos y la realidad, nos encontraremos seguramente ante una discrepancia entre la cartografía y la realidad, y, en consecuencia, habrá de acudir a los procedimientos legalmente previstos para remediar esta situación». Es decir, en este caso lo que se producirá es una ruptura de la regla del tracto sucesivo registral gráfico y su subsanación precisará el consentimiento del titular registral y, posiblemente el de los titulares de las fincas colindantes, mediante la aportación de la georreferenciación alternativa a la catastral, por inexactitud de la misma. Pero, «si ambos tipos de información no coinciden entre sí pero cada una de ellas coincide, por su parte, con la realidad, estamos ante un desplazamiento o giro de cartografía y la solución ha de ser distinta de la prevista para el supuesto anterior», y ello ha de ser así, porque en este caso no se ha producido la ruptura de la regla del tracto sucesivo registral gráfico, puesto que la deficiencia resulta de una patología de la cartografía catastral, que no supone ningún defecto jurídico que pueda impedir la inscripción, sino que requiere aplicar un procedimiento especial para subsanar ese desplazamiento, cuya constancia en el escenario de configuración de la aplicación informática del artículo 9 ha de configurarse como supuesto de tracto sucesivo registral gráfico de carácter formal, que no requiere intervención del titular registral.

*Trabajo recibido el 23-10-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo *

Influence of the mortgage law on the theory of the title and the mode in the acquisition of real rights

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Registrador de la propiedad adscrito a la DG Seguridad Jurídica y Fe Pública.
Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

RESUMEN: La legislación hipotecaria, ya desde la Ley Hipotecaria de 1861 cuyo 160 aniversario celebramos, influyó decididamente en la modificación de la teoría civil del título y el modo en la adquisición de derechos reales. El propio Código civil de 1889 incorporó sus principios, no solo al recoger referencias expresas a aquella, sino al regular instituciones como la doble venta, atribuyendo la propiedad al que primero inscribe en el Registro de la Propiedad. La legislación hipotecaria no es así una legislación especial o excepcional, sino que forma parte del sistema civil general de adquisición

* Conferencia pronunciada el 25 de febrero de 2021 con ocasión del 160 aniversario de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, dentro del ciclo de seminarios conjuntos celebrados entre la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y la Asociación de Profesores de Derecho Civil, organizados por el Colegio de Registradores. En concreto fue por videoconferencia, dada la situación de pandemia por COVID-19.

de la propiedad y demás derechos reales. Y no es meramente una legislación de terceros sino también y sobre todo de protección del adquirente, por tanto también de partes. No es cierta en este sentido la terciaridad de la escritura pública, pues aún siendo cauce formal para la inscripción, es esta la que produce la oponibilidad del contenido del derecho real, estando la escritura sujeta al secreto del protocolo notarial.

ABSTRACT: The Mortgage legislation, since the mortgage law of 1861, whose 160th anniversary we celebrate, decisively influenced the modification of the civil theory of title and the way in which real rights were acquired. The Civil Code of 1889 itself incorporated its principles, not only by collecting express references to it, but also by regulating institutions such as double sale, attributing the property to the one who first registered it in the Property Registry. Mortgage legislation is thus not special or exceptional legislation, but is part of the general civil system for the acquisition of property and other real rights. And it is not merely a legislation of third parties but also and above all of protection of the acquirer, therefore also of parties. The stubbornness of the public deed is not true in this sense, because even though it is a formal channel for registration, it is this that produces the enforceability of the content of the real law, the deed being subject to the secrecy of the notarial protocol.

PALABRAS CLAVE: Ley Hipotecaria. Doble venta. Propiedad. Derechos reales.

KEY WORDS: Mortgage Law. Double sale. Property. Real rights.

SUMARIO: I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.—II. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861.—III. NO CABE EVICCIÓN FRENTE A TITULAR REGISTRAL PROTEGIDO.—IV. DIFERENCIAS ENTRE FORMA Y PUBLICIDAD.—V. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO MODO PÚBLICO.—VI. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA.—VII. LA INCORPORACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA AL CÓDIGO CIVIL.—VIII. INADMISIÓN DE DOCUMENTOS QUE DEBIENDO INSCRIBIRSE NO ESTUVIERAN INSCRITOS.—IX. LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO EN LA LEY 13/2015 DE 24 DE JUNIO.—X. LA LEY HIPOTECARIA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DE TERCEROS: SUPUESTOS DE PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL POR REMISIÓN

EXPRESA A LA LEY HIPOTECARIA.—XI. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA NO SOLO ES UNA LEGISLACIÓN DE TERCEROS SINO TAMBIÉN DE DEFENSA INTER PARTES.—XII. LA DOBLE VENTA. ARTÍCULO 1473 CÓDIGO CIVIL (R)EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL RESPECTO.—XIII. LA INSCRIPCIÓN COMO MODO PÚBLICO O CUASI CONSTITUTIVA.—XIV. LA FALACIA DE LA TERCIVALENCIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: EL SECRETO DEL PROTOCOLO NOTARIAL.—XV. CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CIVIL DEL TÍTULO Y EL MODO COMO RESIDUAL O SUPLETORIA.

I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

Me gustaría desmitificar ciertas afirmaciones que, por ser medias verdades, no son exactas y causan confusión. En concreto:

- a) Que la legislación hipotecaria respetó la teoría del título y el modo
- b) Que la legislación hipotecaria es una legislación especial, en cierto modo excepcional
- c) Que la legislación hipotecaria es solo una legislación de terceros, frente a la legislación sustantiva civil.
- d) Que el instrumento público tiene eficacia frente a terceros (tercivalencia de la escritura pública).

Empecemos por la afirmación de que en materia de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sigue la doctrina del título y el modo. Sin ser incierta, requiere matizar que la legislación hipotecaria incidió plenamente en ella, hasta el punto de exigir para la plena eficacia *erga omnes* del derecho real, un título público (escritura pública) y un modo público (la inscripción en el Registro de la Propiedad).

La teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales en el Derecho civil español, se elabora a partir de los artículos 609 y 1095 del Código civil.

De los supuestos modos de adquirir el dominio y demás derechos reales previstos en el 609. Como son la ocupación (la ocupación limitada a los bienes muebles, pues los inmuebles vacantes —los denominados bienes mostrencos— corresponden al Estado, *ex* artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas); ley; donación; sucesión testada o intestad; usucapión, y «ciertos contratos seguidos de la tradición», es este último modo de adquirir, *inter vivos* y a título oneroso el más frecuente en la práctica.

La dición de este precepto, junto con el 1095 que solo atribuye al acreedor de la entrega (esto es al comprador) los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, pero no la adquisición de derecho real sobre ella hasta que haya sido entregada, es lo que lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a reconocer la vigencia de la teoría del título y el modo. Esto es, que no basta el mero consentimiento para transmitir, ni tampoco la mera entrega o traditio, sino que ambos requisitos son necesarios. En esto se diferencia del Derecho francés, donde hay transmisión solo consenso, y del Derecho alemán, donde la transmisión deriva de un acuerdo real traslativo desconectado de la causa. En España se requiere para transmitir, ambas cosas, título causal traslativo válido y tradición, *traditio* o modo, también válido y eficaz.

Los supuestos de *traditio* instrumental, esto es, el otorgamiento de escritura pública, en cuanto equivalente a la *traditio* (art. 1462 CC) y la exigencia como regla general de titulación pública para el acceso al Registro de la Propiedad, facilitan la interpretación de que la legislación hipotecaria está siguiendo la teoría del título y el modo. Formalmente es así, pero en realidad está incidiendo en ella de una manera esencial.

II. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Aunque formalmente la legislación hipotecaria respetó la teoría del título y el modo, al no afrontar expresamente el tema que se dejó para el Código civil (finalmente aprobado en 1889) lo cierto es que incidió plenamente en ella.

Lo explica la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»¹.

Estas palabras de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, cuyos 160 años conmemoramos este mes, demuestran que la legislación hipotecaria consideró la teoría del título y el modo como Derecho antiguo, el derecho civil tradicional anterior a la Ley Hipotecaria, y que esta respetaba a falta de inscripción. Existiendo inscripción la cosa cambiaba radicalmente.

No podía ser de otra forma, ya que solo la inscripción atribuye a los derechos reales su plena oponibilidad, reipersecutoriedad y eficacia frente a todos que les caracteriza. La inscripción atribuye al derecho real todos los efectos propios del sistema inmobiliario registral español (legitimación, inoponibilidad, fe pública registral, prioridad), y por tanto su plena conformación como derecho real.

En esto se diferencia la inscripción de la anotación preventiva que solo tiene el efecto de enervar la fe pública registral e impedir que terceros puedan obtener mediante la inscripción de sus títulos aquellos efectos. Por tanto un derecho real no conformado plenamente (pensemos en un derecho real adquirido en documento privado o de forma verbal seguido de la *traditio*) podrá ser objeto a lo sumo de anotación preventiva (por ejemplo si se ejercita la acción de elevación a público) pero hasta el momento de su conversión en inscripción, el favorecido no podrá invocar los efectos antes dichos de legitimación dispositiva, inoponibilidad de lo no inscrito, prioridad frente a títulos no presentados en el Registro aunque sean de fecha anterior y fe pública registral, que protege frente a los vicios en el título del transmitente.

En efecto, el Registro de la Propiedad español atribuye, como consecuencia de la calificación registral, excepcionales efectos al derecho inscrito, hasta el punto de que solo mediante la inscripción podemos afirmar que el derecho es plenamente oponible frente a cualquier tercero. Solo mediante la inscripción el derecho real logra su plena eficacia *erga omnes*.

Esto es tanto como decir que, en el fondo, la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales recogida en nuestro Código civil (arts. 609 y 1095 CC) fue plenamente modalizada por la legislación hipotecaria.

III. NO CABE EVICCIÓN FRENTE A TITULAR REGISTRAL PROTEGIDO

La Ley Hipotecaria cambia el Derecho antiguo hasta el punto de que una vez inscrito el derecho real no cabe evicción en contra del titular inscrito protegido por la fe pública registral (art. 34 LH).

Todas las reglas del Código civil en relación al saneamiento por evicción (en particular el art. 1478 CC) relativos al derecho del comprador vencido en juicio por un derecho anterior a la compra a ser restituido del valor del inmueble que compró, los gastos en que incurrió y la indemnización de daños y perjuicios —incluso de los gastos necesarios y útiles— en caso de aparecer un mejor propietario sobre la cosa vendida que le venza en una acción reivindicatoria, no son aplicables en relación al titular inscrito, que es mantenido a pesar de todo en su adquisición, si reúne los requisitos del artículo 34 LH.

Tampoco son oponibles al titular inscrito del derecho real los títulos no inscritos (art. 32 LH), prevalece y tiene prioridad frente a títulos anteriores incompatibles (art. 17 LH) y tiene la legitimación dispositiva (art. 38 LH).

De ahí que, aunque la Ley Hipotecaria formal y expresamente no deroga la teoría del título y el modo, la modaliza al hacer que este modo tenga que ser un modo público o que, dicho de otra forma, que la inscripción no sea una mera oponibilidad frente a terceros sino un verdadero requisito de la transmisión, de forma que la inscripción en sí misma es independiente de la relación causal como ocurre con los títulos valor negociables.

No se puede explicar el saneamiento por evicción sin advertir que la legislación hipotecaria la impide frente a titular registral que reúne los requisitos del artículo 34 LH.

IV. DIFERENCIAS ENTRE FORMA Y PUBLICIDAD

No debe confundirse en este sentido forma pública y publicidad registral. Es la publicidad registral —y no el instrumento público, aunque este es el vehículo formal para acceder a aquella— la que atribuye al titular plena legitimación dispositiva, protección frente a cargas no inscritas y en definitiva la fe pública de que es verdadero propietario del derecho inscrito.

La forma pública es presupuesto de la inscripción (dado que nuestro sistema sigue en general la exigencia de titulación pública, *ex* artículo 3 LH) pero opera inter partes, no frente a terceros —que es el plano en que se desenvuelve la institución registral—, dado el principio de secreto en el protocolo notarial que impide un conocimiento generalizado del contenido del instrumento público². La *tercivalencia* de la escritura pública queda limitada a la fecha y al hecho del otorgamiento (art. 1218 CC), de manera que para que haya publicidad frente a terceros, plena oponibilidad, y por tanto plenitud de eficacia «*erga omnes*» del derecho real es precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El documento notarial atribuye excepcionales efectos probatorios y ejecutivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 317 LEC); dota de forma esencial o *ad solmenitatem* a determinados negocios jurídicos (caso de la donación de inmuebles *ex* art. 633 CC, hipoteca *ex* art. 145.1 de la LH, entre otros); la escritura pública tiene valor traditorio, considerándose un supuesto de tradición instrumental (cfr. art. 1462 CC); los créditos recogidos en escritura pública tienen la preferencia creditual general recogida, en defecto de privilegio especial, por la regla final del artículo 1924 apartado 3.º del Código civil; los documentos públicos autorizados por notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (como dispone el art. 17 bis Ley Notariado). El carácter de título inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 3 LH) precisamente deriva de este carácter de documento público.

Pero es la calificación registral y la inscripción en el Registro de la Propiedad y Mercantil el que a su vez dota al derecho de los efectos que le son propios, de oponibilidad de lo inscrito, inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe, prioridad, legitimación registral y fe pública registral.

V. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO MODO PÚBLICO

El Registro de la Propiedad es así una institución protectora de la apariencia, constituye verdad oficial, con independencia de que la titularidad proclamada civilmente sea válida o no lo sea.

Es cierto que el sistema establece medios para que la titularidad proclamada por el Registro sobre los bienes inmuebles y derechos reales, se corresponda con la realidad civil sustantiva (así se entiende la necesidad de acreditar en documento público la transmisión, modificación o extinción del derecho real cuya inscripción se pretende; la calificación registral tanto en su aspecto formal como sustantivo de la legalidad de los títulos presentados; y la necesidad de concatenación de los asientos o tracto sucesivo). Y que se establecen medios para rectificar la inexactitud del Registro caso de que no se corresponda con la realidad civil sustantiva (art. 40 LH).

Pero en todo caso prevalece, aunque sea inexacto, la protección al adquirente de buena fe y a título oneroso (al inversor que confía en el Registro), porque los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH), se presume la legitimación dispositiva del titular registral (art. 38 LH), y no cabe anulación del título del transferente por causas que no constan en el Registro (fe pública registral *ex* art. 34 LH).

En definitiva, cualquier rectificación que se pretenda del Registro se hace siempre sin perjuicio de la protección a ultranza del tercer adquirente que haya confiado en el contenido del Registro que no se puede ver perjudicado (cfr. art. 40 LH, inciso último).

Con ello se garantiza la seguridad y rapidez en las transacciones inmobiliarias (lo mismo que el Registro Mercantil hace en materia de contratación mercantil).

El Registro de la Propiedad se erige así en el modo público que se exige, junto con el título público, para la plena adquisición del derecho real. Título y modo para la adquisición de derechos reales, sí; pero ese modo debe ser público (a modo de la GEWERE germánica) a través de la publicidad registral.

En otro caso (esto es carencia de modo público por la inscripción) el título podrá ser invocado en su preferencia a través de una tercera frente a un derecho de crédito, pero nunca cabría oponibilidad frente a un derecho real incompatible que estuviera inscrito.

VI. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA

No es el Registro de la Propiedad y Mercantil el único instrumento de protección de la apariencia, hay otras instituciones que se amparan en principio similar de protección de la apariencia. Es el caso de las compraventas en establecimientos abiertos al público (al amparo del art. 85 del Código de Comercio), las compras de bienes muebles no registrables³ adquiriendo de buena fe su posesión (*ex* art. 464 CC) o la protección de los terceros de buena fe que contratan con apoderado con poder revocado o extinguido (*ex* arts. 1734 y 1738 CC). Son lo que LUNA SERRANO denomina verdades oficiales del Derecho.⁴

VII. LA INCORPORACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA AL CÓDIGO CIVIL

Una vez analizada la incidencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo, conviene desvirtuar la idea de que la Ley Hipotecaria es legislación especial, en cierto modo excepcional, frente al régimen sustantivo del derecho civil.

Afirmar que en España basta título formal traslativo sujeto a libertad de forma (*ex* arts. 1355 y 1258 CC) seguido de la tradición o entrega (entrega de llaves o de los títulos de propiedad como supuestos de traditio ficta) no es —en mi opinión— correcto. Ni siquiera en Derecho civil sustantivo puede afirmarse que eso sea así, pues no olvidemos que la legislación hipotecaria forma parte sustantiva en bloque del Código civil, que la hace suya al incorporarla a través de los artículos 605 a 608 del Código civil.

La Ley Hipotecaria forma parte del régimen civil general de adquisición de la propiedad y demás derechos reales. Y no procede distinguir entre la propiedad inmatriculada de la que no lo está.

La explicación doctrinal que distingue entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita, carece hoy además de justificación, primero porque el porcentaje de propiedad no inmatriculada es hoy escaso (lo que ya llevaría a considerar que en términos reales la aplicación de la legislación hipotecaria es la regla general) sino porque además la propiedad no inscrita puede llegar a ser adquirida e inscrita por un tercero que será protegido también frente al adquirente inicial no inscrito, de modo que a este no le servirá de consuelo decir que en España rige la teoría del título y el modo porque no le protegerá frente a quien inmatricule, al menos una vez transcurridos los dos años de limitación de efectos que establece el artículo 207 LH para los supuestos de inmatriculación por doble título público.

En este sentido debe destacarse que el artículo 32 LH no exige para su aplicación (esto es, para la protección del tercer adquirente que este adquiera

de titular inscrito), sino que basta con adquirir de buena fe a título oneroso e inscribir en el Registro de la Propiedad, para gozar de la protección frente a títulos inscritos, una vez pasado el periodo temporal de suspensión del artículo 207 LH ya citado.

La legislación hipotecaria es por tanto ley sustantiva, como lo es el Código civil al que se incorpora. Y el resto del ordenamiento jurídico es coherente con ella, como ocurre en materia procesal. En efecto, numerosos preceptos procesales hacen referencia directa o indirecta a la legislación hipotecaria como ley sustantiva que hay que respetar. Así en materia de inscripción de sentencias, el artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a los encargados de los registros públicos a cumplir las resoluciones judiciales firmes pero «salvo que existan obstáculos derivados del Registro conforme a su legislación específica».

Esto ha llevado a la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) a confirmar la obligación —no solo la facultad sino el deber— de los registradores de calificar los documentos judiciales, en los extremos señalados en el artículo 100 del Reglamento hipotecario y a rechazar las sentencias dictadas con falta de competencia, en los que no se cumple el tracto sucesivo, existen obstáculos registrales que lo impidan o incongruencia entre la resolución dictada y el procedimiento seguido⁵. Posición que ha sido ratificada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de octubre de 2013 y 21 de noviembre de 2017.

VIII. INADMISIÓN DE DOCUMENTOS QUE DEBIENDO INSCRIBIRSE NO ESTUVIERAN INSCRITOS

La aplicación de la legislación hipotecaria también en el ámbito procesal queda corroborada por los preceptos reguladores en la legislación hipotecaria de la inadmisión de documentos no inscritos. Recordemos que el artículo 319 de la Ley Hipotecaria⁶ determina que:

Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlos valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios. Tampoco en los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor será necesario que estos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro (texto añadido por el artículo 101.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre). E Igualmente cabe admisión judicial de documentos no inscritos a efectos fiscales⁷.

También el artículo 320 aclara que, no obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, podrá admitirse el documento no inscrito y que debió serlo si el objeto de la presentación fuere únicamente corroborar otro título posterior inscrito o ejercitar la acción de rectificación del Registro. Y el artículo 321 dispone que también podrá admitirse el documento expresado en el artículo anterior cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento. Pero nunca podrá tener efectos frente a terceros que cumplieron con la inscripción con los requisitos exigidos en la legislación hipotecaria (véase art. 40 LH in fine).

Por tanto lo que no cabe es la admisión procesal de títulos no inscritos para sostener una acción que contradiga la titularidad inscrita, cuando el titular registral reúne los requisitos del artículo 32 o 34 de la Ley Hipotecaria.

La interpretación más extendida en la actualidad es así que la inadmisión de documentos que pudiendo inscribirse no se inscribieron en el Registro de la Propiedad, no es absoluta, en la medida que pueden invocarse en acciones declarativas, reivindicatorias, tercerías de dominio, etcétera los títulos no inscritos, pero siempre frente a quien no tenga la condición de tercero protegido.

Por tanto, cabría admisión de títulos no inscritos frente a un anotante de embargo, pero no frente al adquirente de un derecho real sea dominio, hipoteca o cualquier otro, que reúna los requisitos del artículo 34 LH.

Es importante desvirtuar por tanto la afirmación falsa de que caben tercerías de dominio frente a la hipoteca, pues al ser un derecho de inscripción constitutiva, necesariamente el acreedor hipotecario estará protegido frente a títulos incompatibles no inscritos (arts. 17 y 32 LH).

IX. LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO EN LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO

Tampoco cabe olvidar que las fincas coordinadas en el Registro de la Propiedad con el Catastro, mediante la incorporación de su representación gráfica con coordenadas UTM proyectadas sobre la cartografía catastral, atribuyen al titular registral los efectos de legitimación no solo en el plano

civil de su derecho, sino también en relación a los datos de superficie o fácticos (art. 10.5 LH tras la reforma⁸).

En estos casos la plena oponibilidad del derecho real inscrito se extiende también a los datos superficiales, pues el Registro va a extender a ellos la eficacia del principio de legitimación.

Caben representaciones gráficas alternativas en el Registro, no basadas en la cartografía catastral, pero depuradas jurídicamente por el registrador con citación a colindantes catastrales y registrales *ex* artículo 199 LH, que una vez notificadas a Catastro pueden ser también validadas por este (deberían serlo en el plazo de meses máximo según ley) y en tal caso también se entiende que hay coordinación.

Un argumento más para defender que la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la oponibilidad plena del derecho de propiedad, también en cuanto a los datos físicos a los que la jurisprudencia, antes de la reforma, negaba la extensión de los principios del sistema registral.

X. LA LEY HIPOTECARIA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DE TERCEROS: SUPUESTOS DE PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL POR REMISIÓN EXPRESA A LA LEY HIPOTECARIA

La legislación hipotecaria se ha dicho que es una institución de protección de terceros. Pero veremos que tampoco esto es exactamente así. También modaliza plenamente el derecho real en la relación inter partes.

Es cierto que la Ley Hipotecaria está basada en la protección del tercer adquirente a título oneroso de buena fe que inscribe su derecho. Y el Código civil reitera esta concepción al recoger numerosos supuestos de protección de terceros conforme a la Ley Hipotecaria.

El Código civil contiene referencias a la Ley Hipotecaria en catorce ocasiones:

1) para remitirse a las obligaciones de hipoteca legal en la administración paterna (art. 164);

2) La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 462), en claro reconocimiento de la aplicación preferente del artículo 36 LH.

3) Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 608).

4) Revocación de donación por incumplimiento de cargas.: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria (art. 647). Lo que significa que solo es oponible a tercero si consta inscrita la carga impuesta al donatario.

5) La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 945). Supone que las reservas no son oponibles a tercer adquirente de la finca si no se hacen constar expresamente en el Registro. Debe recordarse al respecto que las reservas no son deducibles del historial de la finca, sino que tiene que hacerse constar la cualidad de reservable del bien, bien voluntariamente, bien judicialmente (cfr. art. 265 RH).

6) Lo reitera el 977 con relación a la reserva binupcial, al señalar que el viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar los muebles.

7) Al regular en el artículo 1124 del Código civil la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas, aclara el último inciso que esa regulación se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. Lo que significa que o bien se garantiza con condición resolutoria explícita inscrita en el Registro (*ex* art. 1504 CC y 11 LH) o bien esa facultad resolutoria por incumplimiento no será oponible a terceros adquirentes que reúnan los requisitos para ser protegidos con arreglo a la legislación hipotecaria.

8) En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas o estos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria (art. 1333 CC). Supone que las modificaciones del régimen económico matrimonial no perjudican a tercero (como también reitera el 1317 CC), sino desde las inscripciones en el Registro civil primero, y en el Registro de la Propiedad después si afectan a inmuebles. En este caso lo prioritario es el Registro civil, en cuanto registro de situaciones personales, y es requisito previo a la inscripción de las modificaciones en el Registro de la Propiedad (art. 233 RRC).

9) El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros (art. 1510 CC). Es un ejemplo claro de cómo en la configuración de los derechos reales no hay plena oponibilidad frente a terceros (y por tanto no hay pleno derecho real) sino cuando se inscribe el retracto convencional en el Registro.

10) La cláusula contenida en el artículo 1537 del Código civil, de que todo lo dispuesto en este título (título VI del libro IV relativo a la compraventa) se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria. Es una clara incorporación de la legislación hipotecaria a la regulación de la teoría del título y el modo en la configuración de los derechos reales, pues en materia de inmuebles exige tomarla en consideración.

11) La regla venta quita renta contenida en el artículo 1571 del Código civil es una clara protección del arrendamiento inscrito. El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Evidentemente también a salvo la legislación especial arrendaticia (LAU y LAR) que establecen subrogaciones forzosas. Es verdad que la naturaleza del arrendamiento es discutida, pero lo cierto es que su oponibilidad a terceros deriva de la inscripción o de la ley.

12) Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria (art. 1797 CC). Clara aplicación en materia del contrato de alimentos del inciso último del artículo 1124 del Código civil ya estudiado. No cabe facultad resolutoria en perjuicio de tercero salvo que se pacte expresamente la condición resolutoria, y esta esté inscrita.

13) Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro (art. 1875 CC). Es un claro reconocimiento del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, a salvo las hipotecas legales tácitas que operan sin necesidad de inscripción (como es el caso de la afección al pago del IBI).

14) La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente (art. 1880 CC). Nuevamente el Código civil hace suyas las prescripciones de la legislación hipotecaria (recordemos de nuevo que se aprueba en 1861 antes que el propio del Código civil (en 1889 CC). Es curioso, no obstante, como el carácter constitutivo de la hipoteca se produce en el ámbito específico de la codificación civil.

A todo esto, hay que añadir los artículos específicos relativos al Registro de la Propiedad contenidos en el título VIII del libro III, en concreto los artículos 605 a 608 del Código civil.

XI. PERO LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA NO SOLO ES UNA LEGISLACIÓN DE TERCEROS SINO TAMBIÉN DE DEFENSA INTER PARTES

La teoría del título y el modo por tanto no puede estudiarse al margen de la legislación hipotecaria, incorporada al Código civil. Pero no solo porque para que exista plenamente un derecho real y por tanto oponibilidad frente a cualquier tercero, sino porque además la inscripción en el Registro de la Propiedad también protege directamente al adquirente, y no meramente al subadquirente. El titular registral directamente aparece protegido.

1) Así ocurre en materia de usucapción *secundum tabulas*, donde se favorece la prescripción al considerar a la inscripción justo título (art. 35 LH).

2) Todos los efectos de legitimación dispositiva, prioridad frente a títulos anteriores no presentados (a los que el Registro cierra el acceso) e inoponibilidad de lo no inscrito, se producen sin necesidad de ser un subadquirente, se extienden directamente al comprador o adquirente directo que pasa a ser titular registral.

3) Pero es que incluso, la fe pública registral es predicable no solo frente a los subadquirentes, como erróneamente interpretaba algún sector jurisprudencial, sino directamente atribuible al primer adquirente, como ha sancionado el Tribunal Supremo en relación a la doble venta.

En este sentido es decisiva la solución que da el propio Código civil al problema de la doble venta, atribuyendo la propiedad en caso de inmuebles al que primero inscriba, siempre que goce de buena fe según interpretación jurisprudencial. Interpretación que además extiende la protección a los supuestos de venta de cosa ajena, al no diferenciar entre este supuesto y el de la doble venta como hacía tradicionalmente algún sector jurisprudencial.

En ambos casos se protege al adquirente inscrito, sin necesidad de ostentar la condición de subadquirente.

Es cierto que el artículo 33 LH aún prevé que la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a las leyes. Pero eso solo significa que la inscripción —al igual que el título— puede ser impugnado por vicios de consentimiento, falsedad de causa —por ejemplo, en caso de simulación absoluta—, defecto sustancial de forma —pensemos en la falsificación de una escritura— u otras causan de nulidad que afecten al propio título del adquirente. También podría combatirse la titularidad si el adquirente inscrito hubiera adquirido de mala fe, esto es, conociendo la falta de poder dispositivo del transferente.

Pero lo importante de la legislación hipotecaria, incorporada al sistema general de adquisición de los derechos reales, estable que el adquirente de buena fe a título oneroso inscrito queda protegido frente a la falta de poder dispositivo del transferente, como también reconoce el propio Código civil en materia de doble venta (y venta de cosa ajena), como procedemos a analizar.

XII. LA DOBLE VENTA. ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL (R)EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL RESPECTO

Son conocidas al respecto las STS de 5 de marzo y 7 de septiembre 2007⁹ sobre unificación de doctrina en la materia. Frente a las tesis jurisprudenciales que exigían coetaneidad entre las dos ventas para proteger al primero que inscriba en caso de doble venta, el Alto Tribunal rechaza esta exigencia (que no está en el CC) y aplica el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para proteger, por elementales exigencias de seguridad jurídica, al primer adquirente a título oneroso y de buena fe que inscriba.

Considera que cuando el artículo 34 LH en su párrafo primero establece que «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», contiene dos afirmaciones distintas separadas por una coma:

- 1) La de la plena protección de quien adquiere e inscribe («será mantenido en su adquisición») que supone ya la protección del primer adquirente y se extendería a los supuestos de doble ventas coetáneas;
- 2) Aunque se anule o resuelva el título del transferente (protección del subadquirente y por tanto, también en caso de venta de cosa ajena).

Como señala Matilde CUENA al comentar estas sentencias, aprovecha el Tribunal Supremo la ocasión que le brinda la presente sentencia para aclarar que «la aplicación del artículo 1473 del Código civil no exige necesariamente el requisito de una «cierta coetaneidad cronológica» entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante tradición material (art. 1462.1 CC), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido plasmado en escritura pública (art. 1.462.2 CC) e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código civil tanto con los artículos 606 y 608 del Código civil como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH» (fundamento de derecho segundo). En definitiva, el Tribunal Supremo no excluye la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil que, por ello, puede desembocar en una adquisición *a non domino* a favor del segundo comprador (arts. 32 y 34 LH)¹⁰.

Esta autora, y coincido plenamente con ella, entiende, y así lo admite el Tribunal Supremo en la sentencia que comento, que la regulación de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código civil no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo. Interpretar el artículo 1473 del Código civil en clave del sistema de transmisión excluyendo de su ámbito la venta de cosa ajena, supone dejar prácticamente vacío de contenido el artículo 1473, ya que nada aportaría al sistema. La solución es la misma para la doble venta que para la venta de cosa ajena.

XIII. LA INSCRIPCIÓN COMO MODO PÚBLICO O CUASI CONSTITUTIVA

La inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad *erga omnes* del derecho real.

La inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) se predica además no solo frente a títulos de venta inscritos (1473 CC) sino frente a cualquier título de adquisición o constitución onerosa de un derecho real como es la hipoteca. Frente a esta no cabe tercería de dominio (art. 32 LH), de manera

que la dicción literal de la Ley de Enjuiciamiento Civil que admite tercera es para el caso excepcional, patológico y cada vez más limitado de la doble inmatriculación de una finca.

XIV. LA FALACIA DE LA TERCIVALENCIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: EL SECRETO DEL PROTOCOLO NOTARIAL

En este sentido muy peligroso y equivocado es el argumento de la tercivalencia de la escritura pública y la pretendida posibilidad de acceso generalizado a su contenido por parte de terceros, sin necesidad de publicidad registral, defendida por algún sector minoritario del notariado. Es el caso de ÁLVAREZ SALA, que ha defendido esta posición en varias ocasiones¹¹.

Sostiene este autor que «para el acceso a la información no es necesaria la obtención del documento que la contiene. La Ley de Transparencia ampara el acceso a la información, no el acceso al documento (o su copia), como medio de prueba en el proceso o título de legitimación en el tráfico, que habrá de solicitarse al notario respectivo como funcionario encargado de su conservación y reproducción, en virtud de un interés legítimo, conforme a la legislación notarial. Por el contrario, el principio de transparencia garantiza no el acceso al documento definitorio de una posición jurídica, sino el acceso al contenido de la información pública para lo que basta un interés cognoscitivo que se presume (sin necesidad de motivarlo) en quien la solicita. Ese acceso a la información notarial de interés público, en virtud de un interés meramente cognoscitivo, puede generar previsiblemente una demanda masiva de información, cuya respuesta solo podrá facilitarse entonces mediante un tratamiento automatizado de la información a través de un archivo central en soporte digitalizado de acceso telemático, como es el Índice Único a cargo del Consejo General del Notariado».

Resulta que, en una suerte de argucia o birlirbrique, aunque este autor reconoce que no cabe acceso indiscriminado al documento, sí que considera que cabe en relación a la información extraída de los mismos por el Consejo General del Notariado, que al ser una Corporación Pública sí que estaría sometida a la Ley de Transparencia. Su colorario es inmediato: sobran los Registros públicos y el principio de fe pública registral.

Claro, no explica que esa información que puede obtener legalmente el Consejo General del Notariado nunca puede ser el contenido del documento, sino solo los índices notariales a efectos estadísticos y otros, como reconoce la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de octubre de 2020.

En efecto recientemente la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de octubre de 2020 ha considerado nulos los acuerdos del Consejo General del Notariado de 16 de diciembre de 2017 por la que se obligaba a los notarios a la digitalización de los documentos de identidad (DNI) de los otorgantes en el instrumento público y a su remisión al Consejo para el tratamiento de esos datos a través de una sociedad mercantil. Se recuerda en esta sentencia que la competencia del Consejo se reduce a la elaboración de índices, pero carece de competencia para recabar directamente de forma generalizada e indefinida información del notario e imponerle la carga de remitirla. Máxime cuando se trata de cuestiones que afectan al secreto del protocolo y a la intimidad de las personas.

El uso de las nuevas tecnologías no puede amparar que los datos aportados a las notarías se utilicen para finalidades distintas (informes de solvencia cruzando los DNI aportados, por ejemplo) de lo que es el fin propio de la institución notarial. Ni siquiera la lucha contra el blanqueo de capitales o el uso de las nuevas tecnologías como la videoconferencia pueden justificar la ruptura de los principios tradicionales de respeto a los datos personales y del secreto del protocolo notarial. Son los notarios —igual que los registradores— los que bajo su responsabilidad deben ejercer la función de dar seguridad jurídica preventiva, no corporaciones o sociedades limitadas interpuestas.

En definitiva, nada más alejado de la realidad que la denominada ter-civalencia de la escritura pública. Que el instrumento notarial sea público, en cuanto a la fecha y el hecho del otorgamiento (cfr. art. 1218 CC) no significa que su contenido sea de general conocimiento, ni que esté sujeto a la legislación sobre transparencia de la Administración pública. La legislación notarial prevalece sobre todo ello y desde sus orígenes la actuación notarial se rige bajo el principio del secreto del protocolo notarial.

El reglamento notarial considera que el protocolo notarial es secreto (art. 274 RN), y adopta medidas para salvaguardarlo en caso de subsanación de matrices (art. 330). Asimismo, considera falta muy grave la infracción del deber de secreto (art. 348).

Un notario no puede dar copias del instrumento público a cualquier persona que lo solicite, sino que debe tener interés legítimo. Por ejemplo, puede expedir copia en favor de cualquiera de los otorgantes. Pero no de terceros que no hayan intervenido. Ni siquiera pueden expedir segundas copias en títulos ejecutivos, sin una autorización expresa del perjudicado o de un juez.

El secreto notarial del protocolo no solo deriva de la legislación específica notarial sino también de la normativa general sobre protección de datos. La Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y su Reglamento de desarrollo, vienen a regular y desarrollar la protección, en lo que concierne a la protección de datos de carácter personal, de las libertades públicas y

los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente, de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1 LOPD).

Los notarios quedan bajo el ámbito subjetivo de la LOPD y los documentos notariales, documentos que recopilan y tratan la información que obtienen en el ejercicio de su función quedan en el ámbito de aplicación de la LOPD, incluyéndose en ellos datos susceptibles de especial protección (arts. 2, 7 y 8 LOPD). En dicha sujeción de los notarios a la LOPD quedan estos obligados, en primer lugar, a guardar secreto de los datos (art. 10 LOPD) así como a proteger y guardar la seguridad de los ficheros que contengan dichos documentos y datos (art. 9 LOPD).

Los derechos recogidos en la escritura pública no son públicos «*erga omnes*» hasta que son objeto de inscripción en un Registro público por decisión del interesado. La legitimación para solicitar la publicidad del título no es tampoco absoluta en el caso del Registro de la Propiedad y Mercantil donde se circunscribe a quienes adquieran algún derecho o sus representantes. No cualquier persona puede convertir la escritura pública en «tercivalente» mediante la inscripción en un Registro público, sino solo los legalmente facultados para ello. Un nuevo argumento para destruir la pretendida aplicación de la Ley de Transparencia a las escrituras públicas.

Pero ocurre además que la restricción al acceso a la información se produce no solo en el entorno de la legislación notarial, que sanciona el secreto del protocolo notarial, sino incluso en el ámbito de los Registros públicos, como pasamos a estudiar. Lo publicado en un Registro público tampoco es de indiscriminado acceso público.

La posibilidad de acceso no es absoluta; tan solo está dirigida a quien va a adoptar la posición de tercer adquirente. O, dicho en otras palabras: el Registro es público para la finalidad para la que fue constituido: la seguridad en el tráfico jurídico, no para otros fines. De ahí que tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en el Código civil de 1889 se exigiera interés conocido para poder consultar los datos del Registro. Y por lo mismo no se contiene en la legislación hipotecaria —contrariamente a lo que pudiera pensarse— ninguna presunción de conocimiento general.

El artículo 222 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el artículo 607 del Código civil, establece que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

La calificación del interés corresponde al Registrador, bajo su personal y exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en primera instancia ante el juez de primera instancia correspondiente a la demarcación del Registro y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 228 LH), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Esta decisión del Centro Directivo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, posibilidad sancionada por la jurisprudencia a diferencia del criterio sostenido en sede de recurso gubernativo.

XV. CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CIVIL DEL TÍTULO Y EL MODO COMO RESIDUAL O SUPLETORIA

A mi entender no se puede explicar la doctrina del título y el modo en derecho civil sin aclarar que en materia de bienes inmuebles la legislación hipotecaria incorporada al Código civil, exige que ese modo sea público mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin ella el derecho real no es plenamente oponible *erga omnes*, y por tanto no es plenamente un derecho real. La plena eficacia del derecho real derivada de la inscripción y no del título, aunque esté sea cauce formal para procurar aquella.

De esta forma la teoría civil pura del título y el modo queda como residual o supletoria en materia inmobiliaria, dado que ya están prácticamente inmatriculados en el Registro de la Propiedad todos los inmuebles.

La legislación registral hipotecaria no es así una legislación especial, mucho menos excepcional, sino que forme parte del sistema general civil de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Y no es además una legislación de terceros, sino también de partes, de protección del adquirente (causahabiente a título oneroso del titular registral). Desde la inscripción el titular registral queda protegido de los riesgos de evicción y goza de los efectos de inoponibilidad de lo no inscrito, legitimación dispositiva, prioridad en caso de conflicto entre derechos reales, y fe pública registral¹².

No queda tiempo para destacar que la legislación especial ha extendido estas ideas también a la adquisición de bienes muebles registrables, identificables, pues la regulación aplicable también extiende a ellos los principios registrales propios de los inmuebles, en particular el principio de inoponibilidad y fe pública registral¹³.

NOTAS

¹ «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y

que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose este del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento. Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

² Todo ello sin perjuicio de los efectos que ya de por sí, en determinados casos, puede llegar a tener frente a terceros, como ocurre en materia de exhibición de poderes y su eficacia frente a terceros de buena fe (art. 1738 CC) o en general de la fehaciencia en cuanto a la fecha que la escritura dota al negocio jurídico (como resulta del art. 1227 CC o en relación a la prenda ordinaria del art. 1865 CC).

³ Los bienes muebles registrables en el Registro de Bienes Muebles están igualmente protegidos y no rige respecto de ellos el artículo 464 de la LH porque están sujetos a los principios registrales de la ley 28/1998, de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles y Ordenanza del Registro de Bienes Muebles aprobada por OM de 9 de julio de 1999 y Reglamento del Registro de Bienes Muebles de 3 de diciembre de 1999. Sobre este Registro véase GARCÍA SOLE, Fernando y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *Derecho de Bienes Muebles*, Editorial Marcial Pons, primera edición año 2000, segunda edición año 2020.

⁴ Véase LUNA SERRANO, Agustín. *Las verdades oficiales del Derecho*, Editorial Dykinson, 2015. Este autor destaca la presencia de un principio general del derecho —conformado doctrinalmente mediante la llamada analogía iuris— que propicia que la apariencia sea creadora de derecho para los terceros de buena fe, la cual tiene precisamente en la apariencia su fundamento objetivo. Piénsese, en efecto, en la procedencia de la tutela, en el ámbito del tráfico, de quienes tratan con el heredero aparente o, en su caso, con el legatario aparente o con el *falsus procurator* o mandatario aparente y que operan frente a ellos sobre la base de que su presencia y actuación en la vida social manifiestan un derecho subjetivo, una titularidad o una legitimación inexistentes y que no les corresponden, pero que, por un concurso de circunstancias objetivas, se presentan ante los terceros como reales. El valor aparental de la posesión trasciende en diversos aspectos y alcanza un relieve particularmente intenso en relación a la posesión que se disfruta en los bienes muebles. En efecto, el ejemplo más significativo de esta virtualidad de la apariencia de titularidad, que se desprende de la posesión es la figura de la adquisición *a non domino*, que opera a favor de los terceros de buena fe que «fundados en la apariencia creada por la posesión», se conciertan con el poseedor, pudiendo por ello «ser mantenidos en la adquisición procedente del poseedor, aunque este no sea propietario o titular del derecho que transmite». A esta

adquisición de quien no es dueño, pero lo parece, se refiere, en función de la seguridad dinámica, el tan estudiado por la doctrina artículo 464 del Código civil, a tenor del cual y siguiendo la vieja regla originada en el derecho consuetudinario francés de que «en fai de meubles possession vaut titre», recogida literalmente en el artículo 2279 del Código de Napoleón, se dispone que «la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título», precepto que es mayoritariamente entendido en el sentido de que el título a que se refiere la norma es el título de propiedad, de modo que quien adquiere una cosa mueble mediante negocio jurídico válido y recibe la posesión del aparente propietario deviene inmediatamente dueño de ella. En este caso, como ordinariamente ocurre en los demás supuestos de relevancia de la apariencia en que esta reemplaza al derecho, a las exigencias de la equidad —que orientan básicamente el tratamiento de la apariencia— se superponen los intereses del tráfico, otorgando a los terceros de buena fe —cuyo presupuesto y requisito objetivo es precisamente la apariencia que denota la posesión del enajenante— una tutela prioritaria a costa de una menor garantía de los derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas preconstituidas. También en razón de la virtualidad de la apariencia de propiedad dispone, en la misma función de seguridad dinámica, el artículo 85 de Código de Comercio, a través de la contradictoriamente llamada «prescripción instantánea», que «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público causará prescripción de derecho a favor del comprador», aunque el vendedor no sea propietario, sino mero tenedor, de las mismas, precepto cuya disciplina se extiende también a la adquisición de bienes muebles mediante venta en pública subasta regulada en la normativa sobre el comercio minorista. La propia idea de la protección de la apariencia está presente en la circulación de los valores mobiliarios incorporados a títulos al portador o representados por anotaciones en cuenta. La idea de protección de la apariencia subyace asimismo a la apreciación de la fundada creencia de que el contenido en los asientos registrales relativos a los derechos sobre bienes inmuebles, en cuanto que gozan del marchamo de ser confeccionados en el marco de un servicio prestado por el Estado por un funcionario público, se corresponde con la realidad que se deriva de tal verdad oficial y de que, en tal sentido, suministra a quien consulta el registro una certeza, proporcionada por la apariencia de veracidad sustancial de lo que proclaman tales asientos, que, cuando sirve de base a una decisión que se toma en función de ella, da lugar a proteger una actuación que no se puede defraudar. En virtud de cuanto dispone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en efecto, el tercero que de buena fe adquiere la propiedad u otro derecho real sobre un inmueble de quien, según el registro, parece dueño o titular del derecho real y que, en función de tal título putativo, originado por la apariencia, cree que dicho titular inscrito está legitimado y tiene facultades para transmitir, se concierta con él, paga por dicha adquisición e inscribe la misma «será mantenido en su adquisición», lo que viene a remachar el artículo 40.4 del propio cuerpo legal al establecer que la posible rectificación del contenido del registro por no reflejar la realidad no perjudicará la adquisición hecha por tercero a título oneroso de buena fe «durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

⁵ Véase por todas Resoluciones de 3 de abril de 2017, dejando la inscripción de una sentencia de usucapión en la que no se había entablado el procedimiento adecuadamente contra la herencia yacente; y la de 5 de febrero de 2021 relativa a la aprobación judicial firme por el juez del concurso de las ventas de inmuebles dentro de un plan de liquidación que no había respetado el derecho de los acreedores hipotecarios anteriores a ser pagados como créditos preferentes.

⁶ En su anterior numeración era artículo 313.

⁷ Recuerda la SAP Toledo 200/2019 de 2 de diciembre de 2019, como esa premisa, convertida a la vez en principio dogmático fundamental, de la inexistencia de efectos civiles de los datos catastrales, es lo que ha permitido la admisión en el Catastro de documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 319 de la Ley Hipotecaria. En efecto, el Catastro, como oficina del Estado, solo puede admitir documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad y con contenido jurídico real si

tal admisión solo lo es a efectos fiscales o tributarios, (que son precisamente los efectos propios de la institución catastral).

⁸ Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real. Esta presunción igualmente regirá cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica.

⁹ Ponente D. Francisco MARÍN CASTÁN, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y miembro del comité ejecutivo de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que así puede considerarse que ha sido una de las personas más influyentes en la clarificación del derecho registral en los últimos años.

¹⁰ CUENA CASAS, Matilde. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Coordinación Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, 2008-2009.

¹¹ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, Protección de datos y conectividad notarial (la función notarial entre la privacidad y la transparencia), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018, 625-682.

¹² Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2017: «Nuestro ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (art. 17 LH); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el propio asiento (arts. 1.3.º y 38 LH); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (art. 32 LH); o que aquel que adquiriera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (art. 34 LH). Dada la trascendencia que se reconoce a la inscripción, nuestro legislador, ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, se preocupó especialmente por garantizar el control de legalidad de los títulos que accedían al Registro. Para ello dispuso dos filtros. Por un lado, encomendó a los registradores de la propiedad la realización de un exhaustivo análisis de la legalidad del documento que se presentaba a inscripción. Y, por otro, estableció la necesidad de que, con carácter general, solo pudieran ingresar en el Registro documentos públicos».

¹³ Véase ordenanza del Registro de Bienes Muebles aprobada por Orden Ministerial de 9 de julio de 1999, ley de venta a plazos de 13 de julio de 1988, y Reglamento de Bienes Muebles aprobado por Real Decreto de 3 de diciembre de 1999. Véase GÓMEZ GÁLLIGO, Javier y GARCÍA SOLE, Fernando, *Derecho de los Bienes Muebles*, segunda edición 2020.

*Trabajo recibido el 1-12-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

DICTÁMENES Y NOTAS

Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas

How to achieve the effectiveness of civil judicial execution through the activation of alternative enforcement mechanisms

por

ELISABET CERRATO GURI
*Profesora agregada de Derecho procesal
Universidad Rovira i Virgili*

RESUMEN: Debido a la situación de emergencia sanitaria actual, nuestra economía está experimentando una recesión devastadora, el alcance de la cual todavía es incierto. Lo que sí es previsible es el incremento del número de ejecuciones judiciales forzosas, ante el cual la Administración de Justicia tendrá que dar una respuesta a la alzada de las circunstancias.

Ante esta realidad, con el presente trabajo pretendemos demostrar que es posible una mejor realización forzosa de los bienes a través de fórmulas alternativas a la inoperante subasta judicial. Ello lo confirma la práctica de nuestros tribunales de justicia que pone de manifiesto una mejor respuesta a la reclamación de deudas impagadas cuando la fórmula de apremio escogida es la del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ABSTRACT: Due to the current health emergency situation, our economy is experiencing a devastating recession, the extent of which is still uncertain. What is foreseeable is the increase of forced judicial executions, before which the Administration of Justice will have to respond according to the circumstances.

This paper aims to show that a better enforcement of goods is possible through alternative mechanisms to the ineffective judicial auction. This is confirmed by the practice of our courts of justice, which shows a better response to the claim of unpaid debts when the chosen mechanism for enforcement is the one who offers article 641 of the Spanish Civil Procedure Law.

PALABRAS CLAVE: Proceso de ejecución. Apremio. Subasta judicial. Realización forzosa alternativa. Persona o entidad especializada. Letrado de la Administración de Justicia. Tutela judicial efectiva.

KEY WORDS: *Civil judicial execution. Enforcement. Judicial auction. Alternative forced sale. Person or specialized entity. Court clerk. Effective judicial protection.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PRINCIPALES FORMAS DE APREMIO DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN JUDICIAL: 1. LA SUBASTA Y OTRAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS. 2. UTILIZACIÓN PRIORITARIA DE LA SUBASTA JUDICIAL.—III. LA RENOVADA SUBASTA JUDICIAL DE LA LEC TRAS LA REFORMA DEL 2015: 1. PRINCIPALES MODIFICACIONES. 2. REPERCUSIÓN PRÁCTICA: A) *Número total de subastas judiciales entre 2016 y 2019.* 2. B) *Estado de las subastas judiciales entre 2016 y 2019.*—IV. LA REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA COMO MECANISMO DE APREMIO ALTERNATIVO A LA SUBASTA JUDICIAL: 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARTÍCULO 641 LEC. 2. INCIDENCIA EN NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN: A) *Aplicación por parte de los tribunales de justicia.* B) *Operatividad práctica del artículo 641 LEC:* a) Estudio de campo a través de la elaboración de una encuesta. b) Distribución de la encuesta y muestra obtenida. c) Análisis de los resultados.—V. CÓMO IMPULSAR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 641 LEC.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE DOCTRINA JUDICIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que se publicara el «Libro blanco de la justicia» (Consejo General del Poder Judicial, 1997) han sido muchas las voces que han alertado del

delicado estado de salud de nuestro sistema de ejecución civil¹ que, a pesar de prever mecanismos capaces de lograr un apremio eficaz, se mantiene ciegamente anclado en la inoperante subasta judicial. Esta forma de realización forzosa de los bienes, que habitualmente queda desierta u ofrece un resultado insatisfactorio a los fines de la ejecución —incluso tras el último intento de mejora con la incorporación de la subasta electrónica en 2015—, sigue incomprensiblemente siendo la primera opción de apremio para la realización de bienes o derechos, lo que tiene una clara afectación en la economía de nuestro país. Ello explica que, a fecha de hoy, una de las principales lacras de nuestra Administración de Justicia sea precisamente la ejecución judicial. Esta recurrente realidad se vio especialmente agravada por la severa crisis económica que acechó nuestro país en 2008, extendiéndose durante casi una década, y que puso en jaque no solo el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, viendo en el proceso de ejecución un mecanismo costoso e inútil para satisfacer sus expectativas de cobro, sino también los intereses del ejecutado, al desvanecerse, por esta vía, la rentabilidad de sus bienes.

Cuando parecía que la situación de crisis empezaba a revertir (en la línea de la tendencia iniciada desde mediados de 2017²), suponiendo ello un importante descenso del número de ejecuciones forzosas, desgraciadamente nos hemos visto inmersos en una crisis sanitaria y económica sin precedentes a nivel mundial³. Sin duda ello traerá como consecuencia un aumento de las ejecuciones forzosas, en general, y de las hipotecarias, en particular. Por este motivo es necesario que nuestro sistema judicial esté a la altura de las circunstancias para dar una respuesta satisfactoria a todos aquellos sujetos que se vean inmersos en un proceso de ejecución judicial.

Con este telón de fondo es momento de plantearnos la puesta en escena de otras formas de apremio más eficaces que la subasta judicial, reguladas en nuestro sistema procesal ya desde el año 2000, y que en la actualidad continúan siendo grandes desconocidas del proceso de ejecución. En concreto, nos estamos refiriendo a la realización por persona o entidad especializada, prevista en el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Esta figura ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales⁴ que la acreditan como más beneficiosa que la subasta judicial, incluso tras las sustanciales mejoras introducidas en 2015.

La subasta electrónica se implanta con el fin de conseguir un procedimiento más transparente y el mayor rendimiento posible de la venta de los bienes. Ello debiera ser posible en la medida que esta nueva modalidad de subasta judicial permite, en términos del propio legislador, «multiplicar la publicidad de los procedimientos, facilitar información casi ilimitada tanto de la subasta como del bien y, lo más importante, pujar casi en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que genera un sistema más eficiente para todos los afectados»⁵. En definitiva, lo que se pretende es dar a la

ciudadanía una respuesta más ágil y eficaz, además de descongestionar a nuestros tribunales de justicia. Sin embargo, en el contexto que actualmente estamos viviendo, este loable propósito sigue lejos de poderse alcanzar.

La exigencia legislativa de realizar las subastas de forma electrónica ha comportado que desde octubre de 2015 estas dejen de celebrarse presencialmente en los juzgados y se lleven a cabo a través del nuevo portal electrónico de subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado⁶⁻⁷. A pesar de este importante esfuerzo, que ha pretendido superar los inconvenientes de la subasta presencial, los datos que pueden consultarse en el Portal de Subastas Electrónicas del BOE siguen mostrando la inoperatividad de nuestro sistema judicial para enajenar bienes y la necesidad de buscar otras opciones más eficaces capaces de satisfacer los intereses de los principales intervinientes del proceso de ejecución, cuales son: el acreedor, que quiere cobrar la totalidad de su crédito; y el deudor que, tras la ejecución, quiere dejar de responder por la deuda contraída. Y ello no lo consigue la renovada subasta judicial.

Por su parte, el sistema de realización por persona o entidad especializada tampoco ha tenido éxito en la práctica, siendo su utilización casi imperceptible.

Ante esta realidad, con el presente trabajo pretendemos en primer lugar, demostrar que la actual subasta judicial no funciona, frustrando toda suerte de expectativas de los afectados por un proceso de ejecución. Y, en segundo lugar, explicar cómo debe activarse el sistema de realización forzosa a través de persona o entidad especializada para que se convierta en la vía ordinaria de apremio, en sustitución de la subasta judicial.

Este propósito precisa del previo análisis del funcionamiento de la subasta judicial así como también del sistema de realización por persona o entidad especializada, lo que nos permitirá acreditar la disfuncionalidad de la primera y la falta de utilización de la segunda. Solo tras confirmar los anteriores extremos estaremos en disposición de realizar una propuesta de activación real del sistema de realización forzosa por persona o entidad especializada para que deje definitivamente el escenario teórico y adquiera protagonismo en el apremio judicial.

II. LAS PRINCIPALES FORMAS DE APREMIO DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN JUDICIAL

Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado, constante y reiteradamente, que la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁸, debiéndose entender que este solo se logrará con el cumplimiento del fallo

judicial en sus propios términos, esto es, respetando su contenido íntegro para evitar que se reduzca a una mera declaración de intenciones⁹. Ello trasladado al ámbito de la reclamación de deudas dinerarias —que es en el que se desarrolla nuestro objeto de estudio— tendrá como consecuencia que en defecto de cumplimiento voluntario por el deudor, al acreedor no le quede más opción que la de acudir al proceso de ejecución dineraria si quiere ver satisfecho —o al menos intentarlo— su derecho de crédito¹⁰.

1. LA SUBASTA Y OTRAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS

A través del proceso de ejecución dineraria se pretende que, una vez realizadas todas las operaciones de localización y embargo de los bienes del deudor, se proceda coercitivamente a su realización con el único propósito de convertirlos en dinero y, de este modo, hacer frente al pago de la deuda dineraria. Esta realización se sustanciará a través del procedimiento de apremio¹¹, cuya regulación se desarrolla a lo largo de los artículos 634 a 680 LEC.

Concretamente, el artículo 636 LEC identifica hasta tres posibles mecanismos para la realización forzosa de los bienes, reflejando la voluntad del legislador del 2000 de abrir camino, más allá de la subasta judicial, a otras fórmulas alternativas para agilizar y mejorar el rendimiento de los bienes forzosamente realizados¹². Ello significa que además de la subasta judicial, nuestro sistema procesal admite otros mecanismos, igualmente válidos, para forzar la conversión de los bienes embargados (o, en su caso, hipotecados) en dinero en el seno de una ejecución dineraria. Nos estamos refiriendo al convenio de realización entre las partes —y quienes acrediten interés directo en la ejecución—, regulado en el artículo 640 LEC, y a la realización por persona o entidad especializada del artículo 641 LEC.

La consecuencia de ello es que siempre y cuando no se trate de los bienes o derechos comprendidos en los artículos 634 y 635 LEC¹³, la realización forzosa de los bienes objeto de ejecución judicial podrá llevarse a cabo a través de cualquiera de las vías reconocidas en el artículo 636 LEC.

2. UTILIZACIÓN PRIORITARIA DE LA SUBASTA JUDICIAL

El criterio que ha escogido el legislador para desarrollar el artículo 636 LEC puede inicialmente inducirnos a considerar la prevalencia del convenio de realización frente a la realización por persona o entidad especializada y a la subasta —por este orden—. No obstante, la lectura atenta de la misma nos permite rectificar esta apreciación preliminar para

aclarar que no existe entre las distintas vías de apremio reconocidas en nuestra LEC orden de prelación alguno, y menos aún puede sostenerse que el recurso a la subasta judicial quede condenado a la subsidiariedad por detrás de los otros dos medios alternativos de enajenación¹⁴ —basta con mirar qué sucede en el día a día de los procesos de ejecución judicial—. Por lo tanto, el artículo 636 LEC ofrece la posibilidad, que no obligación, de acudir primero al convenio de realización para la enajenación de los bienes¹⁵, del mismo modo que optar, en su lugar, por la realización a través de una persona o entidad especializada, o incluso apostar por el sistema de subasta judicial.

A pesar de ello, puede suceder, y sucede, que ninguna de estas fórmulas de apremio sea expresamente solicitada para llevar a cabo la pretendida realización forzosa. En tal caso el legislador ha considerado la aplicación supletoria de la subasta judicial (art. 636.3 LEC), siendo esta la que se activará en defecto de petición expresa —y posterior aprobación por el letrado de la Administración de Justicia— para que la realización forzosa se materialice de forma diferente¹⁶. Esto ha significado que en la práctica se haya seguido manteniendo como habitual el recurso a la subasta judicial, relegando casi a la inexistencia al resto de modalidades de apremio de nuestra legislación procesal. Se justifica así que a fecha de hoy sigamos hablando de la monopolización de la fase de apremio por la subasta judicial¹⁷⁻¹⁸.

III. LA RENOVADA SUBASTA JUDICIAL DE LA LEC TRAS LA REFORMA DEL 2015

Como es bien sabido, el establecimiento en la LEC del 2000 de una única subasta, «con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutante, procurando, además, reducir el coste económico»¹⁹, no consigue superar las deficiencias de la decimonónica realización forzosa de los bienes y confirma su incapacidad para alcanzar la anhelada eficacia del sistema. Ello explica la necesidad de un cambio radical en la realización forzosa de los bienes, que logra instaurar el legislador en 2015, convirtiendo la subasta en electrónica²⁰. A través de esta renovada subasta se pretende esencialmente erradicar los graves problemas derivados de la falta de publicidad y consiguiente escasa concurrencia y participación en las subastas que venían en todo caso celebrándose de manera presencial; así como también la escasa limitación de concurrencia a las mismas por la obligación de asistir en un lugar, día y hora determinados; todo ello, al margen de la rigidez del procedimiento de la subasta presencial que «adolece de un rigor formalista hoy superado»²¹.

1. PRINCIPALES MODIFICACIONES

La nueva subasta electrónica²² pretende alcanzar la transparencia y flexibilidad propias de un sistema avanzado de apremio capaz de llegar a un público más amplio y obtener, en última instancia, un precio de remate lo más cercano posible al del mercado²³. Esta más que loable intención del legislador ha comportado cambios importantes respecto de la anterior regulación de la subasta, siendo necesario que examinemos los más significativos.

Con carácter previo, se hace ineludible indicar que para concretar el precio de salida del bien deberá estarse a las reglas del artículo 637 y siguientes de la LEC. De este modo, salvo acuerdo entre ejecutante y ejecutado, será un perito tasador, designado por el letrado de la Administración de Justicia, quien determine su avalúo (valor en el mercado), debiéndose descontar, en el caso de los bienes inmuebles (o muebles inscribibles en el Registro) las cargas y derechos anteriores²⁴ que resulten de la certificación de dominio y cargas del Registro de la Propiedad, cuando las hubiere²⁵, y que igualmente se expedirá en formato electrónico (art. 656.1 *in fine* LEC). Una vez concretado el justiprecio o precio de salida, será el letrado de la Administración de Justicia quien se responsabilice del desarrollo de la subasta electrónica, que se llevará a cabo a través del Portal de Subastas del BOE dictando, de inicio, el decreto de convocatoria de la subasta, que se anunciará en el BOE una vez haya adquirido firmeza²⁶.

Aunque la información del Portal de subastas del BOE es pública y de libre acceso, de modo que cualquier ciudadano puede conocer las subastas (tanto judiciales como notariales, e incluso las de la AEAT) realizadas y en curso desde finales del año 2015, debe tenerse en cuenta que la participación en cualquier licitación requiere del registro «cualificado» del interesado, pues deberá hacerlo utilizando un certificado electrónico reconocido o cualificado (como puede ser el del Documento Nacional de Identidad) o bien la plataforma de identificación CI@ve²⁷, además de la consignación —por los medios electrónicos habilitados en el Portal— del 5% del valor del bien, y de la declaración por el licitador sobre el conocimiento de las condiciones generales y particulares de la subasta.

Los renovados artículos 648 y siguientes de la LEC²⁸, regulan el desarrollo de la subasta electrónica que se caracteriza por tener íntegramente lugar en el Portal dependiente de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado bajo la supervisión del letrado de la Administración de Justicia²⁹. La subasta se abrirá transcurridas, al menos, 24 horas desde su publicación en el BOE, siendo dos importantes novedades su anuncio en el BOE y en el Portal de la Administración de Justicia (art. 645.1 LEC), más allá del tablón de anuncios del juzgado³⁰; y la admisión de posturas telemáticas de importe superior, igual o inferior a la más elevada ya realizada³¹. Además, debe tenerse en

cuenta la admisión de posturas durante 20 días naturales desde la apertura de la subasta, que mejora la necesaria personación en la correspondiente sede judicial para la propuesta de pujas en una fecha determinada. Y también es de destacar la posibilidad —hasta el momento impensable— de que cualquier interesado en la subasta solicite la inspección del bien objeto de ejecución al órgano judicial en el plazo indicado. Obvio es que esta novedad pretende acabar con la pretendida adjudicación «a ciegas» de los bienes objeto de subasta que en la mayoría de los casos acababa frustrándose por la imposibilidad de los interesados de acceder a los mismos y comprobar su estado físico antes o durante el periodo de licitación. A pesar de ello, resulta materialmente imposible en la práctica llevar a cabo todas las actuaciones que requiere el artículo 669.3 LEC para que cualquier interesado en el bien objeto de subasta pueda llevar a cabo la inspección del mismo³².

2. REPERCUSIÓN PRÁCTICA³³

Sin duda la subasta judicial electrónica ha revolucionado y mejorado, al menos desde un plano teórico, el sistema de apremio judicial. Desde su entrada en funcionamiento creemos que ha transcurrido tiempo suficiente para valorar cuál ha sido su real repercusión en la práctica, a la vez que examinar si puede justificarse como el mecanismo ordinario para la realización forzosa de los bienes afectados por un proceso de ejecución judicial, en detrimento de los otros métodos alternativos de apremio de la LEC.

Con este propósito, hemos realizado un estudio de campo a partir de los datos que constan en el Portal de Subastas del BOE³⁴ y de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial³⁵. En concreto, hemos tomado como referencia los años 2016 a 2019, ambos inclusive, por ser este el periodo del que disponemos de información completa en las fuentes consultadas.

En un primer momento nos fijamos en el número total de subastas habidas en cada uno de los años seleccionados para poder valorar su comportamiento en el periodo indicado. Y, con posterioridad, haremos un análisis específico de los distintos resultados alcanzados, lo que nos permitirá apreciar si realmente estamos ante un mecanismo de realización forzosa eficaz.

A) Número total de subastas judiciales entre 2016 y 2019

Subastas judiciales ³⁶	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019
Total	25.666	30.985	23.767	18.063

De entrada, parece que no se mantiene una evolución constante (ni al alza ni a la baja) del número de subastas que tienen lugar en el periodo indicado. Así, destacamos el crecimiento inicial del número total de subastas durante los dos primeros años analizados, produciéndose un incremento de 5319, hasta llegar a las 30985 subastas en 2017. Sin embargo, ello debe matizarse de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en atención a la cual «las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cuya publicación se haya acordado continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda». Ello explica que durante el año 2016 una parte de las subastas se haya desarrollado de forma presencial y, en consecuencia, que los datos que constan en el Portal de Subastas del BOE solo reflejen la realidad de las subastas electrónicas y no de todas las celebradas que realmente ascienden a 33 114³⁷, superando así el número total de subastas de 2017.

A partir de este momento se experimenta una notable tendencia a la baja, pasando en 2018 a computarse un total de 23 767 casos, que sigue manteniéndose el año 2019 hasta alcanzar el número más bajo de todos los años analizados, registrando un total de 18 063 subastas. Por lo tanto podemos afirmar el descenso continuado del número de subastas desde 2016.

En nuestra opinión, como ya hemos tenido oportunidad de justificar al inicio de este trabajo, este comportamiento se explica por la reducción del número de ejecuciones judiciales debida a la mejor situación económica y social tras la superación de la crisis del 2008. Sin embargo, parece que en 2020 se avecinan cambios importantes que incidirán de manera significativa en la ejecución judicial y, en especial, en el volumen de casos que deberán resolverse por la vía de apremio. Aunque es evidente que no podemos adelantar el devenir de los acontecimientos, nos atrevemos a pronosticar, con todas las reservas, una marcada tendencia al alza del número de ejecuciones, a raíz de la crisis económica derivada de los efectos del COVID-19.

B) Estado de las subastas judiciales entre 2016 y 2019

Asentadas las anteriores premisas, pasamos a continuación a examinar cómo se han resuelto las subastas desarrolladas entre 2016 y 2019. Ello hace necesario que centremos nuestra atención en el estado de la subasta que se convoca en el Portal de Subastas del BOE, pudiendo este responder a alguna de las siguientes casuísticas: primero, las que concluyen con puja, debiéndose al respecto aclarar que no todas ellas obtienen la suficiente li-

citación para que se produzca la adjudicación del bien, ya que en algunos casos no se alcanza la cantidad mínima para cubrir la deuda —siendo esto así, no puede considerarse que todas las subastas concluidas con puja sean garantía de éxito—; segundo, las que finalizan por la autoridad gestora, por ausencia de pujas —ello tiene como consecuencia que la subasta quede directamente desierta, lo que abre la posibilidad al acreedor de pedir la adjudicación del bien en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, en los términos del artículo 671 LEC—; tercero, las subastas canceladas; y, cuarto, las suspendidas.

Estado subasta judicial ³⁸	Número año 2016	Número año 2017	Número año 2018	Número año 2019
Total	25.666	30.985	23.767	18.063
Sin puja	17.063 (66.48%)	19.075 (61.56%)	12.237 (51.49%)	8.432 (46.68%)
Con puja	6.423 (25.03%)	8.915 (28.77%)	9.351 (39.34%)	7.967 (44.11%)
Canceladas	2.180 (8.49%)	2.995 (9.67%)	2.179 (9.17%)	1.664 (9.21%)
Suspendidas	0	0	0	0

Del año 2016 destacamos que de las 25 666 subastas convocadas en España, casi un 70% (17063) carecen de licitación, y concluyen solo con puja cerca del 25% (6423). El resto de los supuestos (cerca del 8.5%) obtienen la cancelación por respuesta.

En buena medida, en 2017 se reproduce el patrón del año anterior, pues cerca de un 28% de las 30985 subastas celebradas acaba con puja, significando ello que el resto, o bien no obtiene puja (la mayoría, con una representación de cerca del 62%), o bien se cancela (casi el 10%).

En 2018, advertimos una considerable reducción del total número de subastas judiciales llevadas a cabo a través del sistema electrónico, y la mejora de su utilidad. Sin embargo, ello no es indicativo de la funcionalidad de esta forma ordinaria de apremio judicial. Si bien es cierto que el número total de subastas judiciales pasa a ser de 23 767, experimentándose un destacable descenso en más de 7000 subastas, la mejorada situación económica y social de nuestro país no evita que sigan existiendo supuestos en los que sí se activa la subasta judicial, como se pone de manifiesto. En estos casos, los resultados son mejores que los obtenidos en los años 2016 y 2017, aunque todavía insatisfactorios. En particular, las subastas que obtienen puja —que no necesariamente implica su éxito— aumentan hasta un

39%; sin embargo, en 2018 siguen sin encontrar solución, por carecer de puja o quedar desiertas— cerca del 60% de las subastas, por lo que todavía no podemos mostrarnos optimistas respecto del funcionamiento del mecanismo de subasta judicial, que mayoritariamente sigue sin dar una solución satisfactoria a las partes de la ejecución judicial.

Siguiendo la dinámica de los años anteriores, en 2019 sigue reduciéndose el número de subastas celebradas. Si bien es cierto que el número de casos sin puja sigue siendo superior (46%), por primera vez detectamos que casi iguala a los que obtienen puja, que se sitúan en el 44%. Estos resultados nos permiten mostrar cierto optimismo por el sistema de la subasta judicial, aunque de los datos examinados no puede conocerse el número de casos que acaban realmente con éxito, esto es, con la adjudicación del bien por un precio cercano al de su valor en el mercado (cuanto menos no inferior al 70% de su avalúo).

Para finalizar, del análisis realizado de los años de vigencia de la mejorada subasta electrónica, a través del Portal de Subastas del BOE, llegamos a la conclusión de que esta modalidad renovada de apremio, en el tiempo que lleva de vida, sigue sin alcanzar el propósito del legislador, pues no es capaz de solucionar las necesidades de la mayoría de sujetos que se ven envueltos en un proceso de ejecución judicial, esencialmente, por la falta de concurrencia de pujas³⁹ que, entre otros, entendemos se produce por el desconocimiento del sistema *on line* de subastas en nuestra sociedad; además de lo poco atractivo que supone comprar un bien sin poder acceder al mismo —siquiera a través de fotos, que en ningún caso aparecen en la plataforma con el resto de información—; o del problema que supone encontrar financiación (salvo disposición de recursos propios) en el breve plazo legal previsto para consignar la diferencia entre la cantidad depositada y el precio total del remate, a contar desde la notificación del decreto aprobando el remate en favor del mejor postor (arts. 650 y 670 LEC).

IV. LA REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA COMO MECANISMO DE APREMIO ALTERNATIVO A LA SUBASTA JUDICIAL

El éxito de la realización forzosa no depende exclusivamente de que el bien afectado acabe adjudicándose al mejor postor, sino de que además se haga logrando la mayor rentabilidad del mismo, cosa que a fecha de hoy no garantiza la renovada subasta electrónica, que sigue sin evitar que la aprobación del remate pueda llegar a hacerse incluso por debajo de la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución (incluyendo intereses y costas), al margen del valor de tasación del bien. Para que esto suceda

bastará con que el letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución así lo considere «a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor» (arts. 650. 4 y 670.4 LEC).

Siendo esto así, no podemos más que mantener que la subasta judicial sigue siendo en la actualidad un mecanismo ineficaz para la realización forzosa de los bienes. Ante esta conocida realidad se justifica, por enésima vez, la necesidad de impulsar otras vías de realización forzosa capaces de alcanzar mejores resultados, evitando llegar al extremo de la adjudicación de los bienes al mejor postor cuando ello significara una devaluación tal que ni tan siquiera cubriera el valor de la deuda o, en el peor de los casos, al propio ejecutante para evitar la subasta desierta (arts. 651 y 671 LEC), lo que se produce con demasiada frecuencia sin beneficiar a nadie.

Es por todo ello que, si queremos que la ejecución judicial civil funcione, tenemos que buscar otras fórmulas de apremio que ofrezcan una mejor solución a las partes implicadas en el conflicto judicial. Estas fórmulas existen; ya las previó el legislador del 2000, pero hasta la fecha han destacado por su casi nula incidencia en la práctica⁴⁰. Nos estamos refiriendo al convenio de realización del artículo 640 LEC y a la realización por persona o entidad especializada, del artículo 641 LEC, ocupando el objeto de nuestra atención el segundo de los mecanismos señalados.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARTÍCULO 641 LEC

El artículo 641 de la LEC establece, como alternativa a la subasta judicial, la intervención de una persona o entidad ajena a la ejecución y especializada en el mercado donde se comercialice el bien embargado o hipotecado⁴¹ para que se encargue (en lugar del órgano judicial) de su enajenación. Se pretende con ello potenciar un sistema de apremio capaz de alcanzar la máxima rentabilidad de los bienes y, por ende, la mayor eficacia de nuestro sistema de ejecución civil⁴².

Cualquiera de las partes del proceso de ejecución judicial podrá solicitar que esta forma de realización forzosa se lleve a cabo por una persona o entidad especializada. No obstante, cuando la iniciativa proceda del deudor ejecutado, este deberá ineludiblemente contar con el consentimiento del ejecutante, por lo que la activación de este mecanismo alternativo a la subasta judicial dependerá en todo caso de la voluntad de la parte ejecutante quien, en última instancia, deberá contar con la aprobación del letrado de

la Administración de Justicia responsable de la ejecución⁴³. Asistimos, en consecuencia, a la privatización de la fase de comercialización del bien objeto de enajenación, encomendándola a una persona o entidad especializada, de modo que esta deja de tener lugar en el juzgado bajo la supervisión del letrado de la Administración de Justicia. Por su parte, la persona o entidad especializada prestará la caución que corresponda para garantizar la legalidad y transparencia de la operación⁴⁴ de la que, en todo caso, deberá rendir cuentas para su aprobación definitiva.

A diferencia de lo previsto para la subasta judicial, el especialista debe realizar la enajenación forzosa en el plazo de seis meses, finalizado el cual, y solo si justifica el incumplimiento del encargo por motivos no imputables a su persona, podrá prorrogar por otros seis meses más. El transcurso sin éxito de este segundo plazo para la enajenación forzosa tendrá como consecuencia la revocación definitiva del encargo y la convocatoria de la subasta judicial (art. 641.5 LEC). En cambio, el cumplimiento del encargo precisará de su posterior aprobación por el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, debiéndose estar a partir de este momento a lo dispuesto para la subasta de inmuebles en cuanto a «la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas» (art. 642.2 LEC).

Respecto de las condiciones de la enajenación, especialmente la concreción del precio de venta, debe tenerse en cuenta la priorización del legislador para que sean las partes las que determinen tales extremos. Solo en defecto de acuerdo entre las partes, la persona o entidad especializada deberá respetar un precio mínimo de venta, que variará en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien (art. 641.3 LEC). Así, en el primero de los casos (bienes muebles) el precio no podrá ser inferior al 50% de su avalúo; y, en el segundo caso (bienes inmuebles), esta limitación se situará en el 70% del valor que se haya dado al inmueble tras descontar todas las cargas y derechos anteriores que resulten de la certificación registral de dominio y cargas⁴⁵.

Esta forma alternativa de apremio se manifiesta, al menos en el plano teórico, más beneficiosa que el tradicional sistema de subasta judicial, por distintos motivos: la obtención de mejores precios de realización en favor de todas las partes de la ejecución; la previsión de una tramitación procedimental más ágil y flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso; y, la descarga de trabajo de los juzgados que, sin desvincularse de la ejecución, dejan de asumir una parte importante de la misma. Sin embargo, la realidad práctica es otra, pues esta figura sigue sin aplicarse, inclusive tras las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial⁴⁶ y, más recientemente, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma

de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴⁷, que no mejoran su originaria deficiente regulación —colmada de lagunas y deficiencias— en la medida que continúan sin resolverse cuestiones tales como el descuido de la intervención de posibles terceros interesados; la omisión del plazo para instar la solicitud; la falta de regulación del acto de la comparecencia; la falta de concreción de la resolución (decreto o diligencia de ordenación) que debe adoptar el letrado de la Administración de Justicia para designar al especialista o rechazarlo; la aceptación del encargo de realización por el especialista; el procedimiento para la aprobación de la operación y su posterior materialización; la inconcreción de la rendición de cuentas; o el pago de honorarios al especialista por su intervención y su posible imputación en costas.

A pesar de todo, seguimos pensando que estamos ante un mecanismo de apremio capaz de dar muy buenos resultados si se logra introducir e impulsar en la práctica de nuestros tribunales como forma ordinaria de apremio, especialmente en el proceso de ejecución hipotecaria, para las familias que no pueden hacer frente al pago de sus préstamos hipotecarios y las entidades de crédito que, en lugar de cobrar las cantidades debidas, no ven más opción que la de la adjudicación del bien hipotecado por falta de postores interesados en su adquisición, con los inconvenientes que ello les puede llegar a suponer (pensemos, por ejemplo, en los impuestos a los que deben hacer frente con la adjudicación, o en los gastos de comunidad o derivados del mantenimiento del inmueble, por no hablar del riesgo de ocupación).

2. INCIDENCIA EN NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN

Pasamos a continuación a analizar cuál ha sido la real incidencia que el mecanismo del artículo 641 LEC ha tenido en la fase de apremio de nuestro proceso de ejecución desde que entrara a formar parte del escenario procesal el año 2001. A tal fin, nos fijaremos en las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta cuestión; y, paralelamente, analizaremos y valoraremos la experiencia de los responsables de la ejecución judicial, esto es, los letrados de la Administración de Justicia, a través de un cuestionario.

A) Aplicación por parte de los tribunales de justicia

Desde la perspectiva jurisprudencial, lo cierto es que los resultados obtenidos son muy poco alentadores pues la escasísima doctrina judicial que se ha pronunciado al respecto es suficiente para concluir lo que hemos

venido afirmando de forma reiterada en nuestros estudios, esto es, su casi inexistente aplicación práctica. En concreto, el número de resoluciones que hemos identificado es testimonial⁴⁸, debiéndose destacar la aportación que realiza el Auto del Juzgado Mercantil de Madrid, de 13 de julio de 2010^{49, 50} sobre la aplicación del 641 LEC como forma de apremio del proceso de ejecución. Esta resolución reconoce expresamente la posible realización de los bienes hipotecados del concursado a instancias de la administración concursal, cuando la elección de esta vía fuese la más idónea al concreto caso. En este sentido, su fundamento jurídico 4.º establece «[...] las siguientes premisas: 1.- que la remisión del artículo 57.1 LCO a la normativa procesal civil supone la admisibilidad en sede concursal de la realización del bien por el cauce del convenio de realización (art. 640 LEC) y de la realización por persona o entidad especializada (art. 641 LEC), junto a la pública subasta (arts. 655 y sigs. LEC; arts. 691 y sigs. LEC), por expreso mandato del artículo 691.5 LEC; (...) 3.- que la Administración concursal, cuando se inicie o reanude en plazo [art. 57.3 LCO] la ejecución separada hipotecaria, está legitimada para instar cualquiera de los cuatro cauces señalados para la conversión en dinero de los bienes afectos a la garantía real, (...) 5.- que a los efectos del artículo 641 LEC (venta por persona especializada), debe considerarse que en la Administración concursal concurren los requisitos legales para ostentar tal mandato».

En este contexto, aunque sea de forma colateral por cuanto no se produce en el marco de la realización forzosa por falta de pago, deben asimismo traerse a colación dos resoluciones que han planteado la intervención por persona o entidad especializada como posible mecanismo para vender, en sustitución de la subasta, bienes de propiedad indivisible en respuesta a la petición de división de la cosa común del correspondiente declarativo.

En primer lugar, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 11 de abril de 2011⁵¹ pone de manifiesto que «[...] la fórmula de realización de bienes embargados prevista en el artículo 641 LEC no es trasladable imperativamente a la venta prevista en el artículo 400 del Código civil, de suerte que pertenece a las facultades discrecionales del tribunal («podrá acordar...», prevé dicho art. 641) el optar por dicha fórmula, y atendándose además a las reglas sobre iniciativa de la propuesta, por lo que resulta más apropiada para la fase de ejecución de sentencia». A pesar de ello, en este caso el Alto Tribunal acaba considerando que esta propuesta «resulta más apropiada para la fase de ejecución de sentencia» que como mecanismo de división de la cosa común.

Y, en segundo lugar, es interesante el razonamiento de la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 27 de mayo de 2015⁵² al resolver el recurso de apelación planteado por la parte demandada contra la decisión del juez de instancia de vender una finca indivisible —para extinguir la comunidad de bienes—

por el mecanismo de la persona o entidad especializada y, subsidiariamente, en pública subasta. La recurrente alega que en la demanda no se pidió «la venta por persona o entidad especializada ni en pública subasta», sino que se realizara «mediante el mercado inmobiliario sin necesidad de acudir a subasta», confundiendo, la alternativa del 641 LEC con la subasta judicial. La confusión de la recurrente es advertida y aclarada por el órgano de apelación que recuerda que «eso es precisamente lo que acordó el Juzgado». En este sentido, la Audiencia Provincial concluye «[...] La referencia de la sentencia a persona o entidad especializada se refiere precisamente a eso. Si se encarga la venta a un agente de la propiedad inmobiliaria se respetará la sentencia y esa es la forma típica de venta en el mercado inmobiliario, o una de las formas».

En cambio, sobre esta cuestión exceden de nuestro interés las otras resoluciones judiciales encontradas por cuanto tan solo contemplan la realización forzosa por especialista como una forma más de apremio pero en ninguno de los casos es objeto de discusión ni aplicación.

B) Operatividad práctica del artículo 641 LEC

El estudio de nuestra doctrina judicial evidencia que la realización forzosa a través de especialista no ha sido una cuestión controvertida sobre la que hayan tenido que pronunciarse nuestros tribunales de justicia. Como tendremos la oportunidad de demostrar en el epígrafe que ahora nos ocupa, en buena medida esta ausencia de litigiosidad encuentra su razón de ser en el desconocimiento, por buena parte de los responsables de la ejecución judicial civil, del funcionamiento y, en alguna ocasión, de la propia existencia del artículo 641 de la LEC, lo que ha comportado la perpetuación de la subasta.

En defecto de datos que puedan consultarse en un portal electrónico como el que ofrece el del BOE para la subastas, para analizar qué utilización se está haciendo de este mecanismo alternativo de apremio en la práctica hemos contactado directamente con el colectivo de letrados de la Administración de Justicia y les hemos preguntado sobre la incidencia del artículo 641 LEC en sus respectivos órganos jurisdiccionales. Pese a la escasa participación de los profesionales encuestados, hemos podido detectar la infrautilización del mecanismo previsto en el artículo 641 LEC para llevar a cabo el apremio judicial.

a) Estudio de campo a través de la elaboración de una encuesta

El acceso a los letrados de la Administración de Justicia se ha llevado a cabo a través del envío de un sencillo cuestionario cuyo contenido tenía como propósito principal detectar su conocimiento del mecanismo de

realización por persona o entidad especializada así como el de las propias partes de la ejecución; en caso afirmativo, la utilización del mismo para la realización forzosa de los bienes; y, en caso de utilizarse, conocer el éxito de su aplicación.

En particular, este cuestionario se ha organizado en cuatro partes diferenciadas. La primera pregunta precisa que se indique el órgano judicial al que pertenece el encuestado. En la segunda cuestión se pregunta a los letrados si en alguna ocasión han informado a las partes de la ejecución de la posibilidad de aplicar la venta por persona o entidad especializada como alternativa a la subasta judicial pidiéndose, cuando la respuesta sea afirmativa, la concreción de veces. La tercera pregunta va enfocada a la actitud de las partes para la puesta en funcionamiento del mecanismo del artículo 641 LEC, siendo de nuestro interés conocer si en alguna ocasión la aplicación de este sistema de apremio ha sido solicitada a instancia de parte —aun sin recibir información de su existencia por parte del órgano judicial— y, de ser afirmativa la respuesta, en cuántas ocasiones. Finalmente, la pregunta que cierra el cuestionario trata de esclarecer en cuántos casos el letrado de la Administración de Justicia ha aplicado el artículo 641 LEC en lugar de la subasta y, de estos, cuáles han resultado tener éxito, esto es, si se ha logrado la venta del bien por parte del especialista designado y la posterior aprobación de la operación por el letrado de la Administración de Justicia.

b) Distribución de la encuesta y muestra obtenida

La distribución de la encuesta al colectivo de letrados de la Administración de Justicia se ha desarrollado en dos fases diferenciadas. Inicialmente se consideró hacerla extensiva a los profesionales de la provincia de Tarragona, para tener una primera muestra de lo que sucedía en el ámbito territorial donde desarrollamos nuestra investigación. Posteriormente, en una segunda fase del estudio de campo, se consideró extender el cuestionario al resto de letrados de la Administración de Justicia. En ambos casos hemos obtenido un número muy escaso de respuestas, lo que ha dificultado el análisis de los datos y la formulación de conclusiones.

Para afrontar la primera fase, se optó por enviar el modelo de cuestionario al secretario coordinador de la provincia de Tarragona, quien lo remitió a todos los profesionales de esta provincia. El envío se realizó por correo electrónico en abril de 2017, pero con muy poco éxito, ascendiendo tan solo a 7 el número total de respuestas recibidas. Al margen del contenido de estas aportaciones, entendemos que el silencio de la mayoría de encuestados viene motivado por la inaplicación del mecanismo de realización forzosa por especialista, por la razón que sea; ello explica que la mayoría

de letrados de la Administración de Justicia en esta situación haya optado por no devolver el cuestionado con la correspondiente respuesta negativa. A mayor abundamiento, como a continuación se analizará, los resultados de los que sí han contestado no siempre se advierten favorables a la utilización de esta forma de apremio.

En concreto, las respuestas obtenidas han sido principalmente remitidas por letrados de la ciudad de Tarragona (5), a las que debe sumarse la participación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tortosa y la del Servicio común procesal de ejecuciones de Amposta, siendo inexistente manifestación alguna de los partidos judiciales de El Vendrell, Reus, Valls, Gandesa y Falset.

El fracaso del primer tanteo realizado es motivo suficiente para ampliar el ámbito de profesionales encuestados y hacer extensivo nuestro estudio, en una segunda fase, a todos los letrados de la Administración de Justicia del territorio español, aunque el acceso a los destinatarios últimos del cuestionario haya sido de gran complejidad. Para llevar a cabo el examen de la realidad estatal se buscó la forma de hacer llegar el cuestionario al mayor número de letrados y, de este modo, obtener una muestra lo suficientemente representativa para alcanzar sólidas conclusiones. A pesar de nuestro empeño, debemos reconocer la frustración de nuestro propósito por motivos del todo ajenos a nuestra voluntad.

Tomando como referencia la experiencia llevada a cabo en Tarragona, se pensó que lo más razonable sería contactar con los secretarios coordinadores de las distintas provincias. En esta ocasión, debemos criticar las dificultades para llevar a cabo el estudio de campo pretendido pues, a diferencia de la experiencia de Tarragona, el acceso directo a la figura del secretario coordinador en el resto de provincias fue, cuanto menos, inviable. Por ello, en un segundo momento se optó por hacer llegar la encuesta al colectivo afectado, a través de sus principales asociaciones profesionales, en concreto, la Unión Progresista de Letrados de la Administración de Justicia (UPSJ) y el Colegio Nacional de Letrados Judiciales, debiéndose destacar la respuesta positiva de la UPSJ, gracias a la cual se obtuvo una pequeña muestra, si bien del todo insuficiente, para examinar la realidad de nuestro país. Por ello, en un tercer y último intento, la estrategia para llegar a la fuente de información fue contactar con los secretarios de gobierno de todos los Tribunales Superiores de Justicia para que fueran estos quienes remitiesen el cuestionario a los letrados de la Administración de Justicia de sus respectivas comunidades autónomas, siendo esta tarea de elevadísima complejidad por la falta de publicidad y accesibilidad a los datos de contacto (teléfono o correo electrónico) de estos funcionarios. Aun así, tras no pocas indagaciones, se logró contactar con todos ellos y obtener en cada caso una dirección de correo electrónico donde remitir el cuestionario para su reenvío a los profesionales de cada comunidad

autónoma⁵³. A pesar del esfuerzo realizado para lograr el máximo número de encuestas completadas, las respuestas finalmente recibidas (hasta finales de 2019) siguen siendo del todo insuficientes para examinar el verdadero impacto de la aplicación del artículo 641 LEC en nuestro país. Así, las encuestas contestadas ascienden a 44⁵⁴, de las que deben descontarse las 7 previamente remitidas en el marco de la provincia de Tarragona. Aun así, a continuación procedemos a examinar los resultados obtenidos.

En concreto, la comunidad autónoma que más encuestas ha contestado ha sido Cataluña, con un total de 24 (15 de la provincia de Tarragona, 8 de Barcelona y 1 de Lleida); le sigue, aunque no muy de cerca, Galicia (Lugo y Pontevedra), con 6 encuestas; Asturias, con 5; y la Comunidad Valenciana con 4 (1 de Castellón y 3 de Alicante). Finalmente, se han podido incorporar a nuestro estudio de campo las respuestas de las comunidades autónomas de Cantabria, Aragón (Teruel y Zaragoza) y Madrid, con un total de 2, 2 y 1 encuestas, respectivamente. En este punto queremos señalar que las 10 comunidades autónomas restantes, esto es, más del doble de las que sí han participado, no han mostrado signos de interés por este estudio de campo, lo que necesariamente debe hacernos reflexionar al tiempo de valorar los resultados obtenidos.

c) Análisis de los resultados

Asentadas las anteriores premisas, y entrando en el detalle del cuestionario, pasamos a analizar las respuestas finalmente recibidas. De entrada, observamos que respecto de la iniciativa del letrado de la Administración de Justicia a la hora de informar a las partes de la existencia de la vía de apremio del artículo 641 LEC como alternativa a la subasta judicial, el 61% de los encuestados (27) reconoce no haber proporcionado nunca esta información, siendo solo una minoría (17, que representa el 39% restante) quien afirma haberlo hecho de *motu proprio*⁵⁵.

Un dato interesante que merece ser resaltado es que pese a que estos profesionales no hayan informado de la posibilidad de realizar los bienes a través de una persona o entidad especializada, en un 25% de los casos (11) las partes igualmente lo han solicitado. De ello se desprende que algunos abogados empiezan a conocer los mayores beneficios de este sistema de apremio respecto de la clásica subasta.

Sea como fuere que haya llegado la información al procedimiento de apremio —porque el letrado ha tenido la iniciativa de informar a las partes, o bien porque las propias partes han solicitado la aplicación del artículo 641 LEC en sustitución de la subasta judicial—, lo cierto es que en un 64% de los casos (28) se acaba impulsando esta vía de apremio.

A partir de esta realidad, desde el punto de vista de la funcionalidad de la figura objeto de análisis, nos interesa saber en cuántas ocasiones se ha aplicado el artículo 641 LEC y, sobre todo, cuándo se ha hecho de manera exitosa.

	Ocasiones en las que se ha aplicado el artículo 641 LEC ⁵⁶	Éxito	Fracaso
Juzgado Mercantil de Tarragona	4	2	2
Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tarragona	2	2	0
Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarragona	1	1	0
Juzgado de Primera Instancia número 7 de Tarragona	1	0	1
Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.ª)	3	2 ⁵⁷	0
Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona	1	0	1
Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona	1	1	0
Juzgado de Primera Instancia número 49 de Barcelona	2	2	0
Juzgado de lo Social número 30 de Barcelona	1	1	0
Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lleida	2	1	1
Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid	1	0	1
Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo	1	1	0
Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6.ª)	1	1	0
Juzgado Social número 3 de Lugo	1	1	0
Juzgado de Violencia sobre la mujer de Santander	2	0	2
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Vinaroz	7	5 ⁵⁸	0
Servicio común de ejecuciones de Amposta	2	2	0

Tras el examen de los datos mostrados en el recuadro superior apreciamos que mayoritariamente los órganos judiciales que han puesto en funcionamiento la realización por persona o entidad especializada, en alguna ocasión han alcanzado un resultado positivo al lograrse la venta del bien por esta vía alternativa de apremio. Además, llama positivamente la atención que de los 33 casos en los que nos constan que efectivamente se ha aplicado el artículo 641 LEC, 20 han finalizado con éxito, esto es, un 61%.

En conclusión, desde que entrara en vigor la LEC, la forma de apremio alternativa a la subasta judicial que habilita la realización forzosa de los bienes embargados o hipotecados por un especialista, se ha aplicado por los letrados de la Administración de Justicia en poquísimas ocasiones, ya sea por desconocimiento o por desinterés, tanto de los operadores jurídicos como del propio justiciable (y de quienes le asisten a través de la representación y defensa en el proceso judicial). Sin embargo, no podemos obviar, pese a todas las circunstancias, el potencial de esta figura alternativa a la subasta judicial, siendo significativo —aun ser conscientes de la escasa representatividad de la muestra utilizada— que cuando acaba activándose, esto es en 2/3 de los casos, se aplica de manera exitosa.

V. CÓMO IMPULSAR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 641 LEC

Llegados a este punto, consideramos que es momento de avanzar en la formulación de una propuesta que nos permita impulsar la aplicación de la realización por persona o entidad especializada como forma ordinaria de apremio, al mismo nivel que la subasta judicial. Esta finalidad precisa de la implicación de todos los intervinientes del proceso de ejecución y, en especial, del acreedor ejecutante (en buena medida, las entidades de crédito) y del letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, la acreditada escasa utilización de esta institución procesal en la práctica no facilita nuestro propósito pues es una realidad que en todo el tiempo de vigencia de la LEC los operadores jurídicos han obviado, mayoritariamente, la utilización de cualquier sistema de apremio distinta a la subasta judicial. Esto explica que en esta ocasión, la práctica no haya servido para colmar las deficiencias y lagunas que presenta la redacción del artículo 641 LEC, relegando la realización por especialista a un plano residual.

Si la regulación legal es deficiente y la práctica insuficiente, ¿cómo podemos potenciar el uso de esta figura? A través de la transferencia de nuestra investigación científica a la sociedad.

La relevancia de la materia investigada para dar respuesta al grave problema que tiene la Administración de Justicia en el ámbito de las ejecuciones judiciales civiles motivó la creación de LitiGest (2017)⁵⁹, la primera *spin-off*

en ciencias sociales y jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili, que tiene por finalidad la real y eficaz puesta en funcionamiento de la figura contemplada en el artículo 641 LEC, esto es, la realización de los bienes embargados o hipotecados por una persona o entidad especializada, como alternativa a la tradicional subasta judicial⁶⁰. Y esto es precisamente lo que está haciendo

LitiGest, a través de su constitución como entidad especializada, ha empezado a intervenir con resultados favorables en distintos procesos judiciales a nivel nacional. Esta implementación está siendo posible gracias a su capacidad de integrar en la propia regulación de la ejecución ordinaria —y, en su caso, también en la prevista para los bienes hipotecados—, a través de la práctica, las carencias e incongruencias del artículo 641 LEC, además de hacer propuestas interpretativas, en cada momento procesal, a los letrados de la Administración de Justicia para adaptarlas a las reales necesidades de las partes de la ejecución en cada concreto caso.

Por todo ello, nuestra propuesta de activación del artículo 641 LEC se construye combinando los previos conocimientos científicos adquiridos respecto del comportamiento de la institución procesal que regula y la experiencia práctica que hemos podido adquirir a través del contacto con los principales responsables de la ejecución judicial, concretándose en los siguientes extremos:

a) Una cuestión previa que en ningún caso debemos pasar por alto es la voluntad del acreedor de activar esta vía alternativa de realización forzosa y comunicarlo al órgano judicial. Así parece que la ausencia de la expresa voluntad de esta parte procesal —por más que sí lo quiera la parte ejecutada— tendrá como consecuencia la automática puesta en funcionamiento de la subasta judicial, aunque ello no tiene por qué ser siempre así. El análisis de la experiencia práctica nos ha permitido detectar que la iniciativa incluso podría proceder del propio letrado de la Administración de Justicia cuando este considerase que estamos ante la mejor opción para la solución de la ejecución, en cuyo caso, podría activar esta forma de apremio al margen de la voluntad de las partes⁶¹. A pesar de su escasísima incidencia en la práctica debida, en buena medida, a su desconocimiento no solo por las partes, sino también por el propio órgano judicial, en nuestra opinión sería muy recomendable que al tiempo de iniciar la fase de apremio el letrado responsable de la ejecución informase a las partes y posibles interesados de la existencia de este mecanismo de realización forzosa alternativo para que, como mínimo, pudieran valorar la vía de apremio más adecuada a sus intereses y no sucumbir a la habitualidad de la subasta judicial⁶².

b) La designación de la persona o entidad especializada es un aspecto a mejorar de nuestra norma procesal pues, a diferencia de lo que sucede con la revocación del encargo de realización —que claramente se llevará a cabo

a través de decreto, en atención a lo dispuesto en el artículo 641.5 LEC—, en este caso permanecen inconcretos el momento y la resolución procesal oportuna. Por ello, la actuación de los letrados de la Administración de Justicia carece de uniformidad en este punto. Así, partiendo de nuestra propia experiencia práctica, por una parte destacamos los profesionales que acuden a la diligencia de ordenación tanto para dirigirse a la entidad especializada y plantearle la aceptación del encargo, como para determinar la cuantía y el plazo para hacer efectivo el pago de la caución; por otra parte, los que designan a la entidad especializada propuesta a través de decreto, que coincide con la misma decisión donde también se concretan los extremos de la venta y el plazo para llevarla a cabo. E incluso, los letrados que con carácter previo optan por remitir un oficio a la entidad especializada propuesta para que manifieste su disponibilidad y aceptación a llevar a efecto la venta del bien ejecutado o bien indique su renuncia a tal encargo.

c) Solo cuando el objeto de venta fuesen bienes inmuebles, esto es, en la mayoría de casos, el artículo 641.3 LEC exige, previa designación del especialista, la convocatoria de una comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia de «las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados» (aunque en realidad este acto procesal no siempre se celebra). En concordancia con lo dispuesto en el artículo 641.1 LEC, que de entrada hace depender la viabilidad de esta alternativa de realización forzosa de la voluntad del ejecutante, será imprescindible la asistencia a dicha comparecencia del ejecutante (o de su procurador) y recomendable (aunque totalmente prescindible) la del ejecutado y de la entidad especializada, pues es en este acto procesal donde se van a fijar los extremos esenciales de la venta. Sobre estos, es de destacar el protagonismo del precio mínimo por el que se va a poder materializar la enajenación que, en defecto de pacto expreso entre las partes y todos los interesados —hayan o no asistido a la comparecencia—, deberá respetar el 70% del valor del inmueble.

d) La admisión de la intervención de una persona o entidad especializada para la venta del bien litigioso por el letrado de la Administración de Justicia tendrá como consecuencia directa la evitación o paralización de la subasta judicial, dependiendo del momento en que tenga lugar su solicitud.

e) La norma procesal elude la previsión de un trámite de aceptación por la persona o entidad especializada para intervenir en la venta del bien, que entendemos debería materializarse con el ingreso de la preceptiva caución —cuyo importe y plazo de entrega determinará el letrado— a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, para garantizar su responsable intervención. Sin embargo, la dispar práctica forense demuestra que ello no siempre es así, ya que en algunas ocasiones se notifica a la entidad especializada el inicio del plazo para realizar la venta antes de la prestación de caución.

f) Aunque la ley procesal nada advierta al respecto, será imprescindible la mediación que pueda hacer el especialista con la parte deudora para acceder al bien litigioso y facilitar su posterior venta (por ejemplo, si se trata de un inmueble, tener la posibilidad de fotografiar su interior y concertar visitas con el visto bueno y colaboración del deudor).

g) Siguiendo el dictado de la ley, el plazo para realizar la venta será de seis meses, transcurrido el cual la persona o entidad especializada deberá informar al juzgado sobre el éxito de la misma o los motivos por los que esta no ha podido culminar, en cuyo caso, y siempre que se consideren no imputables a su persona, podrá prorrogarse el plazo inicial por seis meses más. Transcurrido este segundo plazo sin haber vendido el bien, el letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto revocando el encargo de enajenación.

En este punto, se plantea el problema de la concreción del *dies a quo* o cómputo inicial del referido plazo de seis meses, y que el legislador ha tenido a bien tratar con el silencio, lo que explica la actuación dispar de los letrados de la Administración de Justicia en la práctica. Así, por una parte encontramos actuaciones que toman como referencia la fecha de la diligencia de ordenación o decreto en la que se tiene por consignada la caución de la entidad especializada, para empezar a computar el referido plazo de seis meses. En cambio, otros letrados entienden que el plazo empieza a computar en un momento anterior, que coincide con la fecha de la resolución por la que se designa a la entidad especializada para que, en caso de aceptar el encargo, proceda a la prestación de la caución exigida. Incluso, en este punto es preciso destacar la particularidad de los casos en los que se concede la posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690.1 LEC), en los que el *dies a quo* se traslada al momento en el que se materializa la toma de posesión.

h) Una vez realizada la venta, el especialista deberá ingresar en la Cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, la cantidad obtenida, descontando los gastos y honorarios de su intervención. Para ello, la entidad especializada debe presentar la operación con la correspondiente documentación acreditativa para que pueda revisarla el letrado de la Administración de Justicia y, en su caso, aprobarla a través de decreto. Finalizado este trámite, el órgano judicial procederá a la devolución de la caución.

i) La no realización del encargo —sea por el motivo que fuere— tendrá dos consecuencias inminentes: por un lado, que el letrado de la Administración de Justicia revoque el encargo y devuelva la caución al especialista si justifica su imposible realización por causas que no le sean imputables; y, por otro, la activación de la subasta judicial.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro estudio hemos podido argumentar que la realización forzosa a través de una persona o entidad especializada es una fórmula de apremio, alternativa a la subasta, capaz de lograr la efectividad de la que en la actualidad (y a pesar del constante esfuerzo del legislador) sigue careciendo nuestra ejecución judicial civil. Esta conclusión última se sostiene sobre la base de los siguientes cimientos:

I. Los cambios que la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce en el procedimiento de apremio, a través del establecimiento de una única subasta así como de su apuesta por otros mecanismos de enajenación forzosa alternativos, no cumplen las expectativas de mejora de la realización forzosa, y mantienen el proceso de ejecución como uno de los grandes escollos de la Administración de Justicia. En concreto, si alguna esperanza había en la utilización de nuevas formas de apremio alternativas a la subasta, esta se desvanece con la propia redacción del artículo 636 LEC, que ha mantenido la subasta judicial como mecanismo ordinario para el apremio, garantizando su automática activación —en defecto de solicitud de realización por cualquier otra vía— tras el embargo de los bienes por el letrado de la Administración de Justicia. Veinte años de vigencia de la norma procesal así lo demuestran.

II. Pese a su indiscutible primacía, la subasta judicial es un sistema mayoritariamente incapaz de dar una respuesta satisfactoria a quienes se ven inmersos en un proceso de ejecución judicial. Cierto es que el impulso que le dio el legislador en 2015, convirtiéndola en electrónica, ha significado un avance cualitativo en la publicidad y transparencia de este mecanismo, pero también lo es que sigue sin garantizar un precio mínimo de venta, por las limitaciones que giran en torno a esta figura, a las que el letrado de la Administración de Justicia es incapaz de hacer frente desde la oficina judicial. Ello justifica la urgencia de explorar otras alternativas que permitan dotar de mejores resultados a la fase de apremio. Esta posibilidad nos la ofrece la figura prevista en el artículo 641 LEC que pese a convivir con la subasta desde el año 2000, sigue siendo una gran desconocida, no solo para las partes de la ejecución, sino para el conjunto de operadores jurídicos, lo que explica su poca utilización en la práctica.

III. Si los resultados que ofrece la subasta judicial son insatisfactorios, y la realización por persona o entidad especializada no se aplica, ¿significa ello que el apremio del proceso civil español está condenado al fracaso? Nos resistimos a que esto sea así mientras existan soluciones de acreditada operatividad capaces de dar una respuesta negativa al interrogante planteado, como es la posibilidad de que de la realización forzosa de los bienes se encargue una persona o entidad especializada.

Si bien es cierto que los datos examinados ponen de relieve el descenso progresivo del número de ejecuciones, el giro inesperado de la economía mundial derivado de la pandemia sanitaria que estamos sufriendo a raíz de la crisis del COVID-19, ha empezado ya a hacer estragos. Se auguran tiempos difíciles que precisarán de soluciones efectivas que eviten el colapso de los tribunales, a la vez que garanticen la tutela judicial efectiva de todos los justiciables.

VII. ÍNDICE DE DOCTRINA JUDICIAL

- STC de 21 de enero de 1988
- STC de 27 de septiembre de 1999
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 11 de abril de 2011
- SAP Barcelona (Sección 18.^a) de 5 de junio de 2018
- SAP Barcelona (Sección 17.^a) de 9 de mayo de 2018
- SAP Barcelona (Sección 15.^a) de 27 de mayo de 2015
- SAP Barcelona (Sección 14.^a) de 27 de julio de 2004
- SAP San Sebastián (Sección 3.^a) de 28 de junio de 2011
- AAP Barcelona (Sección 13.^a) de 7 de noviembre 2005
- AJM número 12 de Madrid de 29 de enero de 2014
- AJM número 12 de Madrid de 30 julio de 2014
- AJPI de Terrassa (Barcelona) de 16 de octubre de 2012
- AJM de Madrid de 13 de junio de 2010

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

- ÁVILA DE ENCÍO, J.M. (2017). Acción de división de cosa común y su ejecución por medio de subasta (inmuebles). *Revista de Derecho vLex* [En línea], núm. 161, disponible en <https://app-vlex-com.sabidi.urv.cat/#WW/vid/694198641>
- CERRATO GURI, E. (2017). De la subasta judicial a la realización por persona o entidad especializada: un viaje sin retorno. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 441-467.
- (2014). ¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora. En F. Ramos Méndez (dir.). *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*. Barcelona: Atelier, 205-210.
- (2009). Estudio del artículo 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica. En F. Ramos Méndez (dir.). *Realismo jurídico y experiencia procesal*. Barcelona: Atelier, 339-349.
- (2009). Soluciones para lograr la aplicación práctica del artículo 641 LEC. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 139-148.
- (2008). *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC*. Barcelona: José María Bosch (editor).

- (2007). La ejecución civil por persona o entidad especializada desde la experiencia del modelo inglés. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 229-249.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iugurium.
- FLORES PRADA, I. (2005). *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FONT DE MORA RULLÁN, J. (2018). El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC. En *Diario La Ley*, núm. 9203, 1-10.
- FRANCO ARIAS, J. (1987). *El procedimiento de apremio*. Barcelona: Librería Bosch.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, C. (2015). Subasta electrónica. En C. González Hernández y C. Jiménez Segado (dir.). *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*. Madrid: Dykinson, 73-79.
- IZQUIERDO BLANCO, P. (2014). Ejecución dineraria (arts. 571 a 698). En J.E. Corbal Fernández; P. Izquierdo Blanco; y J. Picó Junoy, J. (dirs.). *Práctica procesal civil, Brocà/Majada/Corbal*. 23.ª ed. Barcelona: Bosch, 7348-7353.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R. y SANTOS DEL VALLE, L.F. (2016). *Las subastas electrónicas*. Navarra: Aranzadi.
- PICÓ i JUNOY, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.ª ed.. Barcelona: J.M. Bosch.
- SABATÉ SABATER, J.M. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch.
- SANMARTÍN ESCRICHE, F. y LACALLE SERER, E. (2015). *La ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, F.; y SABATER SABATÉ, J.M. (2019). *El apremio*. Navarra: Aranzadi.
- TRIGO SIERRA, E. y PÉREZ-PUJAZÓN, M.E. (2017), Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2015. En *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez* [En línea], núm. 46, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/reformas-ley-enjuiciamiento-civil-645364561?_ga=2.191891112.384055179.1590741936-407365338.1590741936.
- VICENTE ROJO, J. (2008). *Subastas Judiciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
<https://www.cgpe.es/wp-content/uploads/2018/04/CONCLUSIONES-1er-Congreso-Econom%C3%ADa-y-Ejecuci%C3%B3n.pdf>
http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin_economic/
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>
<https://subastas.boe.es/>
<http://www.idescat.cat/pub/?id=aec&n=245>
<https://www.litigest.com>

NOTAS

¹ Esta es una de las principales conclusiones del «I Congreso Economía y Justicia», organizado por el Consejo General de los Procuradores de España, celebrado en Barcelona, los días 15 y 16 de marzo de 2018 (<https://www.cgpe.es/wp-content/uploads/2018/04/CONCLUSIONES-1er-Congreso-Econom%C3%ADa-y-Ejecuci%C3%B3n.pdf>, consultado el 21 de mayo de 2020).

² Así se desprende de los últimos informes trimestrales de la economía española del Banco de España. (http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/boletines/Boletin_economic/, consultado el 21 de mayo de 2020).

³ Según destaca el Fondo Monetario Internacional «Como resultado de la pandemia, se proyecta que la economía mundial sufra una brusca contracción de -3% en 2020, mucho peor que la registrada durante la crisis financiera de 2008-09 (...) En el escenario base, en el que se supone que la pandemia se disipa en el segundo semestre de 2020 y que las medidas de contención pueden ser replegadas gradualmente, se proyecta que la economía mundial crezca 5,8% en 2021, conforme la actividad económica se normalice gracias al apoyo brindado por las políticas». (<https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>, consultado el 21 de mayo de 2020).

⁴ Destaco mis trabajos (2008). *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC*. Barcelona: José María Bosch Editor; (2007). La ejecución civil por persona o entidad especializada desde la experiencia del modelo inglés. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 229-249; (2009). Soluciones para lograr la aplicación práctica del artículo 641 LEC. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 139-148; (2009). Estudio del artículo 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica. En F. Ramos Méndez (dir.). *Realismo jurídico y experiencia procesal*. Barcelona: Atelier, 339-349; (2014). ¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora. En F. Ramos Méndez (dir.). *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*. Barcelona: Atelier, 205-210; y (2017). De la subasta judicial a la realización por persona o entidad especializada: un viaje sin retorno. En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 441-467.

⁵ Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE número 167, de 14 de julio).

⁶ Según destaca el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015, «el Gobierno, en el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, aprobó el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en el que se analizó, como una de las medidas a adoptar, la creación en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de un Portal Electrónico de Subastas para su celebración, a fin de lograr una mayor simplificación administrativa evitando, al mismo tiempo, el solapamiento de procedimientos mediante la reutilización de los medios disponibles».

⁷ Siguiendo a TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, F.; y SABATER SABATÉ, J.M. (2019). *El apremio*. Navarra: Aranzadi, 246, el Portal de Subastas del BOE «es fruto de un ambicioso proyecto de colaboración interministerial en que se han involucrado el Ministerio de Justicia, el de Hacienda y Administraciones Públicas y el de Presidencia, habiendo exigido la intervención de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Tesorería General de la Seguridad Social, del Colegio de Registradores y, por supuesto, de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado», cuya razón de ser debemos buscar en la necesidad de frenar, por parte del Gobierno —y en un contexto de crisis económica (2011)— los abusos habidos en el marco de las subastas judiciales (Vid. SANMARTÍN ESCRICHE, F. y LACALLE SERER, E. (2015). *La ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 411 — 415).

⁸ Vid., por todas, las SSTC número 4/1988 (Pleno), de 21 de enero, fundamento jurídico 5.º (RTC 1988/4); 170/1999 (Sala Primera), de 27 de septiembre, fundamento jurídico 3.º (RTC 1999/170).

⁹ En esta línea, y con la mirada puesta en la propia doctrina judicial del TC, PICÓ i JUNOY, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*, 2.^a ed., Barcelona: J.M. Bosch, 94 y ss, reconoce que «el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues solo de esta manera el Derecho reconocido en el proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones».

¹⁰ En atención al artículo 571 LEC, serán de aplicación las disposiciones de la ejecución dineraria cuando «la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo (una sentencia firme o una escritura pública, según dispone el artículo 517.2 LEC) del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida» (el paréntesis es nuestro).

¹¹ FRANCO ARIAS, J. (1987). *El procedimiento de apremio*. Barcelona: Librería Bosch, 9 y 10, clarifica respecto del procedimiento de apremio que se trata de «la conversión de bienes en dinero y posterior entrega al ejecutante de la cantidad que le corresponda», con el propósito de «subsanan el incumplimiento por el ejecutado de lo ordenado por la resolución jurisdiccional que es objeto de ejecución».

¹² Vid. Apartado XVII de la exposición de motivos de la LEC.

¹³ Reguladores de la entrega directa al ejecutante por su valor nominal de dinero o bienes asimilados, y de la enajenación de acciones y otras formas de participación social de conformidad con su propia regulación —distinta a la procesal— y, en su defecto, a través de notario.

¹⁴ Aun reconocer la inicial preferencia del legislador por el convenio de realización, FLORES PRADA, I. (2005). *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 30, 76-78 y 14, acaba realizando una lectura a la inversa del artículo 636 LEC que le conduce a mantener el carácter ordinario de la subasta para la realización forzosa de los bienes embargados pues, a diferencia de los otros sistemas alternativos, su puesta en funcionamiento es automática. A pesar de ello, recuerda su posible elusión «mediante el pacto entre las partes, que es el sistema preferible».

¹⁵ En esta línea de opinión, cfr. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iugurium, 373.

¹⁶ TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, F.; y SABATER SABATÉ, J.M. (2019), *ob. cit.*, 150, consideran que «de ello cabe entender que al letrado de la Administración de Justicia se le impone una suerte de actuación de oficio en todo lo concerniente a la subasta judicial, lo que supone una clara excepción al principio dispositivo que, tradicionalmente, ha inspirado nuestro proceso civil. Sin embargo, no ha de desdeñarse el relevante papel que juegan las partes en el proceso de ejecución, pues es decisiva su voluntad para iniciar, paralizar e, incluso, disponer de los actos procesales que se llevan a cabo dentro de ella». En esta línea, por su parte, IZQUIERDO BLANCO, P. (2014). Ejecución dineraria (arts. 571 a 698). En J.E. Corbal Fernández; P. Izquierdo Blanco; y J. Picó Junoy, J. (dirs.). *Práctica procesal civil, Brocàl Majada/Corbal*, 23.^a ed. Barcelona: Bosch (7352), pone asimismo de manifiesto el desarrollo «de oficio y sin solución de continuidad» del proceso de ejecución dineraria, y clarifica, respecto del procedimiento de subasta que, «como opera automáticamente, no se suspende hasta que se haya ordenado por el letrado de la Administración de Justicia que la realización forzosa (total) se lleve a cabo de manera diferente (art. 636.3 LEC)».

¹⁷ Así lo constatan los datos publicados por el CGPJ, exclusivamente referidos a las subastas judiciales, y que son inexistentes para las otras formas de realización forzosa de los artículos 640 y 641 LEC (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>, consultado el 21 de mayo de 2020).

¹⁸ En esta línea, SABATÉ SABATER, J.M. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona: J.M. Bosch., 35, reconoce la subasta judicial como «el medio de realización

o apremio de inmuebles por excelencia»; y TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, F.; y SABATER SABATÉ, J.M. (2019), *ob. cit.*, 237 y 238 destacan que pese a su aparente regulación residual para la realización forzosa de los bienes «lo cierto es que el legislador no ignoró, cuando redactó la LEC, que en la práctica estaba llamado a ser el sistema *normal* u *ordinario*, pues es necesario significar que los otros cauces de realización (convenio y realización por persona o entidad especializada) apenas se presentan en la práctica». De igual modo, IZQUIERDO BLANCO, P. (2014), *ob. cit.*, 7351, señala que «el procedimiento normal u ordinario es el de la subasta judicial, que se regula en los artículos 643 a 654»).

¹⁹ Apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC.

²⁰ El artículo primero de la Ley 19/2015 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para introducir la subasta electrónica judicial forzosa. Debe en este punto matizarse que en el ámbito de las subastas voluntarias el sistema de subasta electrónica se introduce a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE número 158, de 3 de julio). En consecuencia, tal y como señalan LIÉBANA ORTIZ, J.R. y SANTOS DEL VALLE, L.F. (2016). *Las subastas electrónicas*. Navarra: Aranzadi, 44 y 45, la implantación de las subastas electrónicas se extiende a todas las subastas judiciales, esto es, a las forzosas, pero también a las voluntarias.

²¹ Estos inconvenientes se ponen de manifiesto en el punto I de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2015.

²² Mejora el sistema de única subasta originariamente introducido en la LEC, ampliamente analizado por VICENTE ROJO, J. (2008). *Subastas Judiciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

²³ Siguiendo a TRIGO SIERRA, E. y PÉREZ-PUJAZÓN, M.E. (2017), Las reformas de la ley de enjuiciamiento civil en el año 2015. En *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez* [En línea], núm. 46, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/reformas-ley-enjuiciamiento-civil-645364561?_ga=2.191891112.384055179.1590741936-407365338.1590741936, el antecedente de este reformado mecanismo de apremio debe buscarse en «un programa piloto de subastas judiciales electrónicas que desarrolló el Servicio de Ejecución de Subastas Judiciales de la ciudad de Murcia», siendo la principal diferencia entre ambos sistemas la eliminación de «la presencia física de postores en la Oficina Judicial», significando ello la posibilidad única de realizar posturas de naturaleza telemática.

²⁴ SABATER SABATÉ, J.M., *ob. cit.*, 36 y 54, recuerda la subrogación del comprador en las cargas anteriores, implicando ello que dichas cargas deban deducirse del precio de tasación del bien.

²⁵ Téngase en cuenta que el letrado de la Administración de Justicia se encargará de verificar la realidad extrarregistral del bien objeto de realización remitiendo, tanto a los titulares de los créditos anteriores como al propio ejecutado, un oficio para que informen sobre la subsistencia de dichos créditos y la cuantía real de los mismos (art. 657 LEC).

²⁶ FONT DE MORA RULLÁN, J. (2018). El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC. En *Diario La Ley*, núm. 9203, 1-10, pone en duda la práctica generalmente admitida, sobre la base del artículo 645.1 LEC, de entender por realizada la notificación de la convocatoria de la subasta al ejecutado no personado con la mera publicación del anuncio de la convocatoria en el BOE.

²⁷ Coincidimos con TRIGO SIERRA, E. y PÉREZ-PUJAZÓN, M.E., *ob. cit.*, 37, que ello reviste de mayor seguridad jurídica el trámite, no obstante opinamos que también puede suponer una limitación al mismo.

²⁸ Aunque estos artículos hagan expresa referencia a la subasta de bienes muebles, son asimismo de aplicación a la subasta de bienes inmuebles por expresa remisión de los artículos 667 y siguientes de la LEC.

²⁹ De este modo, siguiendo a TORIBIOS FUENTES, F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, F.; y SABATER SABATÉ, J.M. (2019), *ob. cit.*, 245, «el lugar de la realización de las

subastas ya no será nunca la sede de un Tribunal, sino un espacio virtual creado al efecto: el Portal de Subastas del Boletín Oficial del Estado. En dicho Portal se alojará y podrá consultarse el edicto, la certificación de cargas e información adicional de los bienes, se registrarán e identificarán los licitadores, se realizarán las consignaciones y las pujas y se determinará la apertura y el cierre automatizados de la subasta, con la gran ventaja de que se gozará de una disponibilidad de 24 horas al día 365 días al año», lo que nos permite llegar a la conclusión que será en este espacio donde «se desenvolverán todas las vicisitudes de la subasta, ajenas en gran medida al conocimiento del letrado de la Administración de Justicia, pues, a título de ejemplo, este no sabrá sino después del cierre la identidad de los eventuales postores, salvo el primero».

³⁰ Cfr. TRIGO SIERRA, E. y PÉREZ-PUJAZÓN, M.E., *ob. cit.*, 37.

³¹ Estamos ante una notable diferencia respecto de la regulación anterior, caracterizada por la formulación de pujas al alza.

³² Igualmente crítica en este punto se ha mostrado GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, C. (2015). Subasta electrónica. En C. González Hernández y C. Jiménez Segado (dir.). *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*. Madrid: Dykinson, 74-75), al manifestar respecto de «esta novedosa «visita de inspección», introducida por la Ley 1/2013 y generalizada en toda la ejecución de inmuebles por la Ley 19/2015, para estimular las pujas, (...) No es posible que en ese plazo, salvo que la oficina judicial no se dedique a otra cosa, proveer la solicitud del interesado y recabar el consentimiento del poseedor para inspeccionar el inmueble», a lo que debe sumarse «la escasa regulación legal de dicha visita, puesto que la ley únicamente prevé la necesidad de obtener el consentimiento del poseedor, pero a partir de que se obtiene, el silencio es la respuesta» así como que «la norma se presta con facilidad al fraude, pues no es difícil imaginar que los conocidos del deudor-poseedor soliciten del juzgado la inspección del inmueble para obtener una reducción de la deuda».

³³ Para el desarrollo del presente epígrafe ha sido imprescindible examinar los datos que obran en las bases de datos del Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-tema/Actividad-de-los-organos-judiciales/Actividad-Portal-Subastas-judiciales-electronicas/>, consultado el 20 de mayo de 2020) y del Portal de subastas electrónicas del BOE (<https://subastas.boe.es/>, consultado el 20 de mayo de 2020).

³⁴ <https://subastas.boe.es/> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

³⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Actividad-Portal-Subastas-judiciales-electronicas/> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

³⁶ Cuadro de elaboración propia.

³⁷ Consúltese la memoria «La justicia dato a dato. Año 2018» del CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>, consultado el 20 de mayo de 2020). Estos datos ponen de relieve el descenso del número de subastas en 2017 respecto del año anterior.

³⁸ Cuadro de elaboración propia.

³⁹ No comparte esta opinión FONT DE MORA RULLÁN, J., *ob. cit.*, 1 y 2, según el cual «se puede afirmar sin temor a dudas que el nuevo sistema ha resultado sumamente positivo y beneficioso», destacando, entre sus principales ventajas, el mayor grado de publicidad, la mayor concurrencia de postores y la obtención de precios de venta más elevados, además de la desaparición de la figura de los subasteros.

⁴⁰ Examinamos los motivos de la escasa utilización del artículo 641 LEC en CERRATO GURI, E. (2014). *ob. cit.*, 205-210, siendo de destacar la durísima crisis económica que hemos vivido en la última década así como el desconocimiento de este mecanismo eclipsado por la todopoderosa subasta judicial.

⁴¹ En aplicación del artículo 691.6 LEC, esta vía de realización forzosa se extiende también a la ejecución hipotecaria.

⁴² Ello inspiró el estudio de mi tesis doctoral (2008), tal y como se ha referido al inicio del presente trabajo.

⁴³ SAP Barcelona, secc. 18.^a, 5 de junio de 2018, recuso 1133/2017, resolución 411/2018; SAP Barcelona, secc. 17.^a, 9 de mayo de 2018, recuso 1131/2017, resolución 401/2018; AAP Barcelona, secc. 13.^a, 7 de noviembre de 2005, recuso 837/2004, resolución 329/2005.

⁴⁴ Al margen de la responsabilidad civil o penal que puedan exigirse las partes del proceso por su intervención, la persona o entidad especializada designada que acepte el encargo de realización forzosa deberá prestar la caución que determine el letrado de la Administración de Justicia para hacerse responsable de su intervención, a no ser que se trate de un Colegio de Procuradores o, en general, una entidad pública, que están exentas de esta exigencia. Sobre este particular, cfr. SAP Barcelona, secc. 14.^a, 27 de julio de 2004, recuso 828/2003, resolución 509/2004.

⁴⁵ SAP San Sebastián, secc. 3.^a, 28 de junio de 2011, recuso 3074/2011, resolución 213/2011; AJM número 12 Madrid, 30 de julio de 2014, recuso 152/2011, resolución 374/2014.

⁴⁶ BOE número 266, de 4 de noviembre de 2009.

⁴⁷ BOE número 239, de 6 de octubre de 2015.

⁴⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 11 de abril de 2011, fundamento jurídico 4.^o (*RJ* 2011, 3445); SAP Barcelona, secc. 18.^a, 5 de junio de 2018, recuso 1133/2017, resolución 411/2018; SAP Barcelona, secc. 17.^a, 9 de mayo de 2018, recuso 1131/2017, resolución 401/2018; SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 27 de mayo de 2015, ff.jj. 1.^o y 2.^o (*JUR* 2015, 161382); SAP Barcelona, secc. 14.^a, 27 de julio de 2004, recuso 828/2003, resolución 509/2004; SAP San Sebastián, secc. 3.^a, 28 de junio de 2011, recuso 3074/2011, resolución 213/2011; AAP Barcelona, secc. 13.^a, 7 de noviembre de 2005, recuso 837/2004, resolución 329/2005; AJM número 12 Madrid, de 29 de enero de 2014 (*JUR* 2016, 101963); AJM número 12 Madrid, 30 de julio de 2014, recuso 152/2011, resolución 374/2014; AJPI de Terrassa (Barcelona) de 16 de octubre de 2012 (*AC* 2012, 2012); AJM de Madrid, de 13 de junio de 2010, fundamento jurídico 4.^o (*JUR* 2010, 301782).

⁴⁹ Parte de la doctrina que ha estudiado esta institución procesal ha reconocido su capacidad para «facilitar la realización y obtener las condiciones económicas más ventajosas», en beneficio del ejecutante, el ejecutado e incluso de también terceros. Vid. IZQUIERDO BLANCO, P. (2014). Ejecución dineraria (arts. 571 a 698). En J.E. Corbal Fernández; P. Izquierdo Blanco; y J. Picó Junoy, J. (dirs.). *Práctica procesal civil, Brocàl Majada! Corbal*, 23.^a ed. Barcelona: Bosch (7352).

⁵⁰ AJM de Madrid, de 13 de junio de 2010, fundamento jurídico 4.^o (*JUR* 2010, 301782).

⁵¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 11 de abril de 2011, fundamento jurídico 4.^o (*RJ* 2011, 3445).

⁵² SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 27 de mayo de 2015, ff.jj. 1.^o y 2.^o (*JUR* 2015, 161382).

⁵³ Destacamos en este punto la salvedad de Extremadura, donde se nos dirigió a los secretarios coordinadores de las provincias de Cáceres y Badajoz; y del secretario de gobierno de la Comunidad Valenciana, quien consideró que nuestra petición debía dirigirse al Área de Letrados de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, a la que ya habíamos acudido sin éxito previo contacto con el secretario de gobierno.

⁵⁴ Algunas de las encuestas remitidas reconocen haber aplicado el artículo 641 LEC en más de una ocasión.

⁵⁵ Es de justicia destacar la excepción del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona, que declara haber informado de la posible aplicación del artículo 641 LEC hasta en 15 ocasiones; y del Juzgado de Primera Instancia número 3 Tarragona, que reconoce haberlo hecho 4 veces.

⁵⁶ Cuadro de elaboración propia.

⁵⁷ A la fecha de entrega de este trabajo nos consta que de las 3 ocasiones en las que se ha aplicado el artículo 641 LEC, 2 se han resuelto con éxito y el tercero se encuentra todavía en trámite.

⁵⁸ A la fecha de entrega de este trabajo nos consta que de las 7 ocasiones en las que se ha aplicado el artículo 641 LEC, 5 se han resuelto con éxito y el resto se encuentra todavía en trámite.

⁵⁹ LitiGest es un proyecto emprendedor que ve la luz de la mano de las investigadoras de Derecho Procesal de la Universitat Rovira i Virgili, Elisabet Cerrato Guri y Roser Casanova Martí, y del que participa la propia universidad (www.litigest.com).

⁶⁰ Esta iniciativa ha sido merecedora, en convocatoria pública y competitiva, de la «Beca para la investigación y estudio de proyectos en el ámbito de la Administración de Justicia (2019)» (Resolución JUS 72/2019, de 16 de enero, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya número 7792-21.1.2019) del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, para desarrollar el proyecto «De la subasta judicial a la ejecución civil privada en Catalunya: un viaje sin retorno».

⁶¹ Esto es lo que sucedió en la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza (según resulta del cuestionado remitido por el propio órgano judicial), en la que la letrada de la Administración de Justicia decidió la venta de unas joyas embargadas por la vía del artículo 641 LEC —designando a un joyero como especialista— para hacer frente al pago de una multa impuesta en un anterior proceso penal, siendo el acreedor el Estado y el deudor el condenado al pago.

⁶² La viabilidad de esta opción ha sido expresamente reconocida en el propio ámbito de los letrados de la Administración de Justicia, siendo de destacar la aportación de ÁVILA DE ENCÍO, J.M. (2017). Acción de división de cosa común y su ejecución por medio de subasta (inmuebles). *Revista de Derecho vLex* [En línea], núm. 161, disponible en <https://app-vlex-com.sabidi.urv.cat/#WW/vid/694198641> quien, ante los déficits de la subasta judicial en este contexto, propone «Sugerir a las partes la existencia de otras formas de proceder a la enajenación del inmueble como puedan ser: un convenio de realización entre todos los copropietarios y a la que pueden concurrir otras personas, previsto en el artículo 640 de la LEC» y «La realización por persona o entidad especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.3 de la LJV y el artículo 641 de la LEC».

*Trabajo recibido el 12-6-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles

The fiscal impact of COVID-19 in the leasing of real estate

por

IRENE ROVIRA FERRER

*Profesora agregada de Derecho Financiero y Tributario
Universitat Oberta de Catalunya*

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el impacto fiscal de las principales contingencias generadas por la crisis económica y sanitaria derivada del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles: la suspensión contractual, la reducción de las rentas de alquiler, la dispensa total de algunas, el aplazamiento de su ingreso o su impago. Y es que, más allá de la difícil situación provocada por la pandemia, algunas de las medidas aprobadas para hacerle frente han incidido de forma directa en tales cuestiones, por lo que, tras analizar la naturaleza jurídica de cada una resulta de vital importancia examinar su compleja tributación (la cual no solo afecta a diferentes impuestos, sino que también varía en función de las partes y del momento en el que se produzcan). Así, se clarificarán las consecuencias fiscales tanto para el arrendador como para el arrendatario en cada uno de los impuestos afectados (el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido), destacando al mismo tiempo las cuestiones problemáticas que se plantean (incluso respecto al Derecho de la Unión Europea) y aportando algunas propuestas de mejora.

ABSTRACT: The goal of this study is to analyse the fiscal impact of the main situations generated by the economic and health crisis derived from the COVID-19 in the leasing of real estate: the contract suspension and reductions, deferrals, forgiveness or defaults of some rental incomes. Specifically, after analyzing the nature of each of these circumstances, the taxation that should proceed will be detailed, highlighting the consequences and problematic questions that arise from each tax affected (the Personal Income Tax, the Corporation Tax and the Value Added Tax).

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento de bienes inmuebles. COVID-19. Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Impuesto sobre sociedades. Impuesto sobre el valor añadido.

KEY WORDS: *Leasing of real estate. COVID-19. Personal Income Tax. Corporate Tax. Value Added Tax.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE LA REDUCCIÓN DE LAS RENTAS DE ALQUILER: 1. TRIBUTACIÓN EN EL IS. 2. TRIBUTACIÓN EN EL IRPF. 3. TRIBUTACIÓN EN EL IVA.—III. EFECTOS FISCALES DE LA DISPENSA TOTAL DE ALGUNAS MENSUALIDADES.—IV. LA TRIBUTACIÓN DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DE LAS RENTAS DE ALQUILER.—V. LA IMPLICACIÓN FISCAL DEL IMPAGO DE DETERMINADAS MENSUALIDADES.—VI. EL IMPACTO TRIBUTARIO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—VII. CONSECUENCIAS EN LAS DEDUCCIONES SOBRE LA CUOTA ÍNTEGRA DEL IRPF RELACIONADAS CON EL ALQUILER.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Después de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud reconociera la pandemia internacional ocasionada por el COVID-19, la preocupación por hacer frente a la grave situación de emergencia ha pasado a centralizar la actuación de los poderes públicos. No obstante, su complejo cometido va mucho más allá del propio ámbito sanitario, ya que las necesarias restricciones sociales y de la actividad económica para intentar frenar la propagación del virus han comportado una fuerte crisis económica y social.

En este sentido, la inevitable reducción e incluso falta de ingresos que han ocasionado no solo han puesto en riesgo la supervivencia del tejido empresarial y profesional, sino que se han añadido a la compleja situación que ya arrastraba el mercado inmobiliario por la crisis financiera de los últimos años. En consecuencia, la urgente necesidad de velar por la subsistencia de las personas y las familias y por la propia supervivencia de la actividad económica del país, ha dado lugar a una prolífica actividad normativa sin precedentes, la cual se constata a nivel estatal, autonómico y local y ha tenido impacto en diferentes ámbitos jurídicos.

Y en este contexto, ante la evidente dificultad o imposibilidad de afrontar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, una de las relaciones jurídico-privadas que más se ha visto afectada por la voluntad de garantizar ambas cuestiones ha sido la del arrendamiento de bienes inmuebles, donde se han creado medidas de muy diversa índole y tanto relativas a los alquileres de vivienda como a los de carácter comercial. Así, sin ir más lejos, pueden destacarse previsiones de carácter social (como la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional o la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual)¹ y otras para facilitar la supervivencia económica, donde, aparte de procurar paliar la falta de liquidez con fondos públicos (ya sea creando subvenciones y ayudas o estableciendo una línea de avales del Estado para las personas en situación de vulnerabilidad a causa de la pandemia)², se han previsto medidas que inciden de forma directa en las relaciones jurídico-privadas de carácter inmobiliario.

Así, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, estableció una serie de previsiones conducentes a procurar la condonación parcial o la moratoria de la deuda arrendaticia sin intereses para las personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica (estableciendo el artículo 4 su carácter obligatorio, siempre que no se hubieran conseguido por acuerdo entre las partes, cuando el arrendador fuera una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor —personas físicas o jurídicas titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²—)³, mientras que Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, adoptó similares previsiones para las personas física o jurídicas arrendatarias de bienes inmuebles afectos a actividades económicas⁴.

De este modo, y sin vaciar el contenido económico de la renta acordada ni suponer una pérdida esencial de la utilidad económica del bien arrendado⁵, todas estas medidas han dado prioridad a lo que voluntariamente puedan pactar las partes, limitándose a facilitar su negociación y la solución

de conflictos y procurando evitar tanto la pérdida de viviendas, empleos y de negocios, como situaciones de impago, concursos y procedimientos judiciales. Así, se ha procurado ofrecer un criterio distributivo entre los arrendadores y arrendatarios de las consecuencias negativas derivadas de las prohibiciones, suspensiones y restricciones para hacer frente al COVID-19, con el fin de socializar su coste y garantizar el equilibrio y la conservación de la relación contractual.

Por consiguiente, han sido muchos los supuestos en los que, ya fuera por obligación o de forma voluntaria, se han visto alterados los contratos de alquiler de bienes inmuebles, habiéndose producido el aplazamiento, la rebaja o la dispensa de obligaciones de pago, su suspensión temporal o el impago de determinadas mensualidades.

No obstante, y como es lógico, los efectos de tales contingencias van mucho más allá del ámbito obligacional entre las partes, ya que también conllevan un importante y complejo impacto fiscal que se proyecta sobre distintos tributos (el impuesto sobre la renta de las personas físicas —IRPF—, el impuesto sobre sociedades —IS— y el impuesto sobre el valor añadido —IVA—). Además, las diferentes consecuencias pueden afectar tanto al arrendador como al arrendatario y variar en función de sus concretas características, dependiendo al mismo tiempo del momento en el que los hechos tengan lugar.

Por consiguiente, en relación con cada una de las situaciones apuntadas, resulta de sumo interés clarificar y analizar su oportuna implicación fiscal (considerando los distintos tributos afectados y respecto de ambas partes), destacando al mismo tiempo las cuestiones problemáticas que pueden plantearse tanto por la normativa vigente como por su actual aplicación (en algunos aspectos incluso contraria al propio Derecho de la Unión Europea —UE—).

Así pues, y con base en la presente situación de emergencia, a continuación se abordará de forma separada el examen fiscal de la reducción de las rentas de alquiler, la dispensa total de algunas de ellas, el eventual aplazamiento de su cobro, su inevitable impago y la suspensión del contrato de arrendamiento, dedicándose un último apartado al estudio conjunto de las consecuencias que, en todos estos casos, pueden desprenderse respecto a las deducciones sobre la cuota íntegra del IRPF relacionadas con el alquiler.

II. CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE LA REDUCCIÓN DE LAS RENTAS DE ALQUILER

Antes de entrar a examinar la tributación de la rebaja que, a causa del COVID-19, se haya producido de las rentas de alquiler (ya sea con carácter

permanente o de solo algunas mensualidades), procede concretar la naturaleza jurídica de su acuerdo, punto en el que cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) 165/2020, de 27 de enero de 2020 (rec. núm. 466/2016). En concreto, en esta sentencia, la AN se pronunció sobre un acuerdo en el que, a causa de la crisis económica de los años 2008 y 2009, se pactó la anulación de la obligación de pago de las rentas de alquiler de un local de negocio correspondientes a los meses de julio a agosto de 2009 (es decir, la dispensa total de algunas mensualidades), el cual se alcanzó de forma verbal y con posterioridad a su exigibilidad.

Sin embargo, tanto si se trata de la rebaja de todas o parte de las rentas mensuales como de la dispensa total de algunas, entendió la AN que en todos estos supuestos se produce un acuerdo de minoración del precio del alquiler, el cual debe tener la consideración de novación objetiva extintiva de la obligación. Así, como especificó, incluso si su pacto hubiera tenido lugar después de la exigibilidad de su abono, no podría aceptarse la existencia de ningún supuesto de impago (en tanto que el acreedor no podría reclamar la parte del precio dispensada si el deudor no prestara su conformidad), del mismo modo que el acuerdo no podría calificarse como un aplazamiento del pago (ya que sería necesario un nuevo pacto para que la deuda pudiera nacer y su cobro se materializara) ni como una liberalidad (por cuanto, al existir un acuerdo entre las partes, no se da la nota de unilateralidad propia de las mismas).

Por consiguiente, con base en tales consideraciones, la AN determinó la naturaleza jurídica de dichos acuerdos acudiendo a los artículos 1203 y 1204 del Código civil (CC), los cuales permiten, por una parte, la modificación del objeto o de las condiciones principales de las obligaciones, y, por otra, la extinción de una obligación por otra que la sustituya (siempre que «así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles»). De este modo, y considerando que «el acto novatorio no está sometido a especiales exigencias de forma, sino que rige el principio general de libertad» (como demuestra el hecho de que sea «operante la novación tácita cuando pueda inducirse por actos de inequívoca significación»), considera que no cabe otra opción que catalogar el acuerdo de rebaja o dispensa en el alquiler como un acto de novación objetiva que extingue la obligación de pago del precio total, y es que el hecho de aceptar que en tales casos existe un supuesto de impago solo sería posible «sobre la base de negar categóricamente la existencia misma del pacto de descuento o rebaja».

Así pues, con el fin de determinar los efectos fiscales de la rebaja de las rentas de alquiler, es importante tener claro que no se podrá considerar que exista impago alguno ni ningún tipo de aplazamiento o transmisión lucrativa, sino que, al existir una novación del contrato, debe proceder su tributación con base en los nuevos ingresos pactados.

1. TRIBUTACIÓN EN EL IS

En primer lugar, la rebaja de todas o parte de las rentas de alquiler podrá tener impacto en el IS, concretamente cuando el arrendador o el arrendatario sean una persona jurídica o una entidad o unidad patrimonial a quien el artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) otorga la condición de contribuyente. En concreto, su acuerdo podrá afectar a ambas partes por cuanto dicho impuesto gravará los ingresos derivados del arrendamiento obtenidos por el arrendador, mientras que el arrendatario, cuando sea también contribuyente, podrá deducir los importes pagados si están vinculados a su actividad económica.

En ambos casos, y considerando que el método de estimación directa es el que procede con carácter general, señala el artículo 10.3 de la LIS que «la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas», precisando el artículo 11.1 que la imputación temporal de los ingresos y gastos «derivados de las transacciones o hechos económicos se imputarán al período impositivo en que se produzca su devengo, con arreglo a la normativa contable, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro, respetando la debida correlación entre unos y otros».

Así, acudiendo a la normativa contable, precisa el artículo 35.2 del Código de Comercio, publicado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, que la cuenta de pérdidas y ganancias es la que recoge el resultado contable del ejercicio, mientras que establece el artículo 38.1.d) que «se imputará al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro». Además, recoge también este principio de devengo el punto 2 del apartado 3.º del Marco Conceptual de la Contabilidad, contenido en la Primera Parte del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

Por consiguiente, como ha precisado la Dirección General de Tributos (DGT), el cobro de las rentas de alquiler por parte de los contribuyentes del IS «constituirá un ingreso que deberá imputarse según se devenga en la cuenta de pérdidas y ganancias», por lo que, igual que puede predicarse respecto a la consideración como gasto de su abono, «formará parte de la base imponible del impuesto sobre sociedades de cada uno de los ejercicios» de duración del contrato⁶.

Por su parte, la Quinta parte del PGC define los ingresos por arrendamientos como «los devengados por el alquiler o arrendamiento operativo

de bienes muebles o inmuebles cedidos para el uso o la disposición por terceros», al mismo tiempo que concibe los correspondientes gastos como «los devengados por el alquiler o arrendamiento operativo de bienes muebles o inmuebles cedidos en uso o a disposición de la empresa». De este modo, lo que se desprende de ambos preceptos es que la cuantía del correspondiente ingreso o gasto deberá imputarse conforme a la eventual rebaja acordada, y es que, al tener la consideración de novación contractual, este será el verdadero importe que se habrá devengado en cada caso. Así pues, al haber sido alterada la relación contractual inicial, será de especial conveniencia que el acuerdo de la oportuna minoración se haya dejado por escrito, con la firma por ambas partes y adjuntado como anexo al concreto contrato de alquiler, aunque podría probarse su acuerdo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Por su parte, procede destacar que, en tanto que no existirá crédito reclamable alguno, el arrendador no podrá adoptar la provisión de pérdidas contemplada en el artículo 13.1 de la LIS por la parte disminuida (concretamente prevista por las pérdidas derivadas del deterioro de los créditos a causa de las posibles insolvencias de los deudores), si bien, como señala la mencionada SAN 165/2020, de 27 de enero de 2020, tampoco podrá ser considerada una liberalidad susceptible de imposición conforme al artículo 15.e) de la LIS.

No obstante, esta modificación contractual en nada afectará a que, conforme al artículo 15.e) de la LIS, sigan teniendo la consideración de gastos fiscalmente deducibles aquellos que se hallen directamente correlacionados con los ingresos derivados del alquiler y puedan probarse suficientemente, ya sea porque se han ocasionado en el ejercicio de la actividad o porque hayan resultado necesarios para la obtención de los ingresos. Y cabe añadir en este punto que, si bien las rentas obtenidas por el alquiler prestado con posterioridad al acuerdo de la rebaja se contabilizarán por el nuevo importe, el descuento que, en su caso, se hubiera contabilizado respecto a las ya devengadas con anterioridad (al haberse pactado la rebaja después de su exigibilidad), podrá tener dicha consideración⁷.

Finalmente, dada su vinculación directa con los perceptores de tales rentas, procede destacar por último el régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda que prevé el capítulo III del título VII de la LIS, el cual contempla una serie de beneficios fiscales con el fin de estimular la oferta del mercado inmobiliario de viviendas en alquiler. Así, de conformidad con el artículo 48 de la LIS, podrán acogerse al mismo «las sociedades que tengan como actividad económica principal el arrendamiento de viviendas situadas en territorio español que hayan construido, promovido o adquirido», punto en el que el artículo 5.1 de la LIS precisa que, «en el caso de arrendamiento de inmuebles, se entenderá que existe

actividad económica, únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa»⁸.

Y es importante resaltarlo por cuanto el conjunto de bonificaciones que lo integran y que detalla el artículo 49 de la LIS también deberá aplicarse sobre las rentas calculadas conforme a la pertinente rebaja, sin olvidar que, dada la relevancia de sus beneficios fiscales (entre los que se encuentra la bonificación del 85% la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas), es importante tenerlo presente y más en un escenario de crisis económica como el actual⁹.

Por último, procede recordar que, como establece el artículo 128 de la LIS, los contribuyentes del IS que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto estarán obligados a retener o a efectuar ingresos a cuenta, siendo el porcentaje general del 19%¹⁰. Asimismo, como especifica el artículo 64 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, «en el caso de arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos, la base de la retención estará constituida por todos los conceptos que se satisfagan al arrendador, excluido el impuesto sobre el valor añadido», por lo que, a la hora de calcular su cuantía, también se deberá tener en cuenta la rebaja aceptada.

Y en la misma línea, pero por lo que respecta a su perceptor, las retenciones e ingresos a cuenta que se practiquen en tales términos podrán minorar la cuantía de los pagos fraccionados que requiere el artículo 40 de la LIS, los cuales deben realizarse los primeros 20 días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

2. TRIBUTACIÓN EN EL IRPF

Por su parte, cuando el perceptor de las rentas de alquiler sea una persona física, deberá tributar por su obtención en el IRPF, aunque el tratamiento fiscal variará en función de si los ingresos del alquiler percibidos tienen la consideración de rendimientos del capital inmobiliario o de actividades económicas. Así, de conformidad con el artículo 27.2 de la LIRPF, «se entenderá que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando para la ordenación de esta se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa», de modo que solo si el perceptor de las rentas de alquiler cumple con este requisito deberá declarar su obtención como tales.

De este modo, si el arrendador carece de una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, las rentas del alquiler que perciba tendrán la consideración de rendimientos del capital inmobiliario, los cuales define el artículo 21.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto

sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), como «la totalidad de las utilidades o contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que provengan, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente y no se hallen afectos a actividades económicas realizadas por este».

Asimismo, concreta el artículo 21.2.a) de la LIRPF que, en relación con los rendimientos del capital de los bienes inmuebles, se incluirán los provenientes tanto de bienes rústicos como urbanos, otorgando el artículo 22 tal consideración a todos los que deriven de su arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquellos, cualquiera que sea su denominación o naturaleza (excluido, en su caso, el IVA o el Impuesto General Indirecto Canario).

Así, si las rentas de alquiler percibidas tienen la consideración de rendimientos del capital inmobiliario, señala el artículo 14.1.a) de la LIRPF que se imputarán al período impositivo en el que sean exigibles por su perceptor, punto en el que el artículo 40.1 de la LIRPF precisa que su valoración estimada se efectuará por el valor normal en el mercado (entendido como «la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes, salvo prueba en contrario»).

De este modo, en un principio, el rendimiento íntegro a declarar será el importe de todos los conceptos que, calculado a precio de mercado, haya resultado exigible por parte del arrendador durante el período impositivo, a no ser que pueda probarse que la cuantía realmente reclamable ha sido menor¹¹. Por ello, también resulta de especial conveniencia que el pacto de la oportuna rebaja se haya dejado por escrito, con la firma por ambas partes y adjuntado como anexo al concreto contrato de alquiler, aunque podría probarse su acuerdo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Sin embargo, en tanto que el arrendamiento habrá seguido vigente, no deberá realizarse la imputación de rentas inmobiliarias que prevé el artículo 85 de la LIRPF, del mismo modo que la rebaja no afectará a los gastos y reducciones que se pueda deducir el arrendador por el alquiler con base en el artículo 23 de la LIRPF y los artículos 13 y 14 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RIRPF), aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (sin perjuicio de la limitación derivada de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos que contempla el artículo 13 del RIRPF)¹². Asimismo, podrá seguir aplicándose sin especialidad alguna la reducción del 60% del rendimiento neto positivo declarado que proceda del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda (23.2 de la LIRPF), aunque también seguirá vigente la limitación del rendimiento mínimo en caso de parentesco (art. 24 de la LIRPF)¹³.

Además, es importante destacar en este punto que, a causa del COVID-19, se ha aprobado una deducción extraordinaria respecto a algunas de las rebajas que voluntariamente hubieran aceptado los arrendadores que no tengan la condición de grandes tenedores conforme al artículo 1.1 del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, aunque solo cuando tengan la consideración de rendimientos del capital inmobiliario¹⁴. Así, como señala la disposición adicional cuadragésima novena de la LIRPF, cuando hubieran suscrito un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda o de industria con un arrendatario que hubiera destinado el inmueble al desarrollo de una actividad económica clasificada en la división 6 o en los grupos 755, 969, 972 y 973 de la sección primera de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, podrán computar como gasto deducible en la determinación de su rendimiento del capital inmobiliario correspondiente a las mensualidades devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2021 el importe de la rebaja que voluntariamente hubieran acordado a partir de 14 de marzo de 2020.

Sin embargo, además de lamentar que, a pesar de la compleja situación social, queden fuera los alquileres de viviendas, únicamente se ha previsto con efectos para el período impositivo 2021 (por lo que no resultará aplicable en el IRPF de 2020), de modo que el potencial tanto compensatorio como de estímulo de dicha medida resulta mucho menos efectivo que el adoptado por iniciativas similares a nivel internacional. Así, por ejemplo, Chipre ha previsto que los arrendadores (tanto particulares como empresas) que hayan cumplido determinadas condiciones (entre las que se encuentra haber aceptado una reducción mensual de las rentas de alquiler entre un 30 y un 50%, sin distinguir el destino de los arrendamientos) puedan percibir la devolución de la cuota del IRPF de 2020 pagada en la cuantía equivalente al importe del 50% de los ingresos por alquileres percibidos, es decir, no solo por la cuantía de las rebajas concedidas, sino por el total de las percibidas (aunque sin que el crédito obtenido pueda superar el importe de la cuota pagada)¹⁵.

Por su parte, si el arrendamiento formara parte de una actividad económica realizada por el contribuyente en los términos señalados, establece el artículo 28.1 de la LIRPF que su rendimiento neto «se determinará según las normas del impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este artículo, en el artículo 30 de esta Ley para la estimación directa, y en el artículo 31 de esta Ley para la estimación objetiva». Por consiguiente, y en tanto que el arrendamiento de bienes inmuebles no se encuentra entre las actividades económicas que pueden acogerse al método de estimación objetiva conforme a la Orden HAC/1155/2020, de 25 de noviembre, por la que se desarrollan, para el año 2021, el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen

especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido, procede hacer extensibles las consideraciones realizadas en relación con el IS (tanto por lo que respecta a los perceptores de las rentas de alquiler que tengan la consideración de rendimientos de actividades económicas como en relación con las pagadas por los contribuyentes que realicen tales actividades). De este modo, el rendimiento a imputar por los arrendadores o, en su caso, el gasto a deducir por los arrendatarios serán las rentas del alquiler prestado conforme a la rebaja acordada, si bien destacarse un aspecto importante en cada caso.

Así, por lo que respecta a las rentas que abonen los contribuyentes que realicen actividades económicas, procede destacar el caso del alquiler de su vivienda habitual cuando realicen su ejercicio desde la misma, punto en el que el artículo 22.3 del RIRPF permite la afectación parcial de los elementos patrimoniales que sirvan solo parcialmente al objeto de la actividad (limitándose a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate). Además, como añade, «solo se considerarán afectadas aquellas partes de los elementos patrimoniales que sean susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente del resto», lo que no podría pasar si la vivienda fuera de un solo ambiente, pero sí si tuviera habitaciones individualizables.

Por consiguiente, y recordando que, en el método de estimación directa, los gastos que se hallen correlacionados con los ingresos obtenidos tendrán la consideración de fiscalmente deducibles (art. 15.e) de la LIS), el artículo 22.3 del RIRPF permite la deducibilidad de los gastos derivados de la vivienda en relación con la parte afecta a la actividad económica, los cuales, respecto a los procedentes del alquiler, variarán en función del concreto contrato de arrendamiento vigente de cada momento (ya sea a efectos de considerar sus eventuales alteraciones —como ocurriría ante la procedencia de una rebaja de las rentas— como por lo que respecta a los conceptos que integra la renta a abonar)¹⁶.

Sin embargo, para que pueda proceder su deducción, resulta necesario que los contribuyentes hayan comunicado previamente a la Administración tributaria los metros cuadrados de la vivienda que destinarán a su ejercicio (mediante los Modelos 036 o 037), de la misma forma que requiere la DGT que «queden convenientemente justificados mediante el original de la factura o documento equivalente, expedida a nombre del receptor del bien o servicio correspondiente, y registrados en los libros-registro que, con carácter obligatorio, deben llevar los contribuyentes que desarrollen actividades económicas y que determinen el rendimiento neto en el método de estimación directa, en cualquiera de sus modalidades»¹⁷.

Por su parte, respecto a los perceptores de las rentas de alquiler que tengan la consideración de rendimientos de actividades económicas, procede lamentar que no se haya creado ningún beneficio fiscal especial respecto

a los que se han visto afectados por el COVID-19, y más considerando que, a pesar de la remisión a la normativa del IS que hace la LIRPF, no pueden acogerse a los importantes beneficios fiscales del régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda contemplado en los artículos 48 y 49 de la LIS¹⁸. Por ello, la necesidad de extensión de este régimen reclamada ya por algunos autores parece más necesaria que nunca¹⁹, dado el mayor riesgo que comporta la pandemia del derecho constitucional de acceso a una vivienda en condiciones dignas (art. 47 de la CE).

De todos modos, ya tengan la consideración de rendimientos de actividades económicas o del capital inmobiliario, procede recordar por último que, como establecen los artículos 99 de la LIRPF y 75.2 del RIRPF, los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos están sujetos a retención o ingreso a cuenta, siempre que el sujeto que los abona sea uno de los que señala el artículo 76 del RIRPF²⁰. Por consiguiente, a la hora de calcular su cuantía, también se deberá tener en cuenta la eventual rebaja acordada, por cuanto «el importe de la retención será el resultado de aplicar a la base de retención el tipo de retención que corresponda» y dicha base estará conformada por «la cuantía total que se satisfaga o abone» (art. 77 del RIRPF).

3. TRIBUTACIÓN EN EL IVA

Finalmente, entrando en el análisis de los efectos de las rebajas sobre los alquileres dentro del ámbito del IVA, cabe recordar que, como señala el artículo 11.Dos.2.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), se consideran prestaciones de servicios sujetas al Impuesto «los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra». Asimismo, como precisa el artículo 5.Uno, tendrán la consideración de empresarios y profesionales a efectos de la Ley (y serán, por tanto, considerados contribuyentes conforme al artículo 84) los arrendadores de bienes, siendo en este caso irrelevante que dispongan o no de una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa²¹.

Por consiguiente, con base en los artículos 4 y 84 de la LIVA, los arrendadores serán sujetos pasivos del IVA por los alquileres que realicen en el ámbito espacial del Impuesto a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (incluso si se realizan por entidades a favor de sus propios socios, asociados, miembros o partícipes), precisando el artículo 70.Uno.1.º.a) que se entenderán prestados en el territorio de aplicación del Impuesto los arrendamientos de bienes inmuebles radicados en el mismo.

No obstante, contempla el artículo 20.Uno.23.º.b) de la LIVA que estarán exentos del Impuesto los arrendamientos «de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas o a su posterior arrendamiento por entidades gestoras de programas públicos de apoyo a la vivienda o por sociedades acogidas al régimen especial de entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas establecido en el impuesto sobre sociedades», extendiéndose la exención a los garajes, los anexos accesorios y los muebles arrendados conjuntamente con la vivienda²².

Sin embargo, como han precisado reiteradamente tanto el TEAC como la DGT, esta exención no es de carácter objetivo (en el sentido que atienda «al bien que se arrienda para determinar la procedencia o no de la misma»), sino de carácter finalista, por lo que hace depender del uso de la edificación su posible aplicación («siendo la exención preceptiva cuando el destino efectivo del objeto del contrato es el de vivienda, pero no en otro caso») ²³.

No obstante, también considera la DGT que el uso efectivo del edificio o parte del mismo como vivienda es requisito necesario pero no suficiente para su procedencia, de modo que entiende que están excluidos de la misma «los arrendamientos de viviendas que sean utilizadas por el arrendatario para otros usos, tales como oficinas o despachos profesionales, incluso cuando sobre una misma edificación se realicen dos contratos distintos, uno para la vivienda y otro para el despacho profesional»²⁴.

Así pues, es de suma relevancia destacar que, aquellos empresarios o profesionales personas físicas que, siendo su vivienda de alquiler, pasen a trabajar desde el domicilio (supuesto generalizado a causa del COVID-19), perderán el derecho a la exención del IVA, a pesar de que únicamente destinen a su actividad económica una parte separada e independiente del mismo (lo cual, como se señalaba, exige el artículo 22.3 del RIRPF para que la vivienda se pueda entender afecta).

Sin embargo, procede cuestionar dicho posicionamiento en tanto que, tratándose de una parte separada e independiente, nada impediría que realizaran dos contratos de arrendamiento distintos, lo que permitiría el íntegro respeto del contenido de la exención referida (y más considerando que hace expresa referencia a los edificios «o partes de los mismos» destinados exclusivamente a viviendas). Y es que, por lo que respecta al contrato parcial del alquiler destinado a vivienda, se cumplirían todos los requisitos que el TEAC viene señalado como necesarios para su adecuada aplicación (que el propietario de un bien inmueble ceda al arrendatario el derecho a ocuparlo y a excluir de este a otras personas; que sea a cambio de una renta; y por un período de tiempo convenido)²⁵, y todo ello sin olvidar que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido que la situación de que «el arrendatario de un bien inmueble lo utilice con fines comerciales, de conformidad con los términos del contrato de arrendamien-

to, no es suficiente por sí misma para excluir que el propietario del inmueble pueda beneficiarse de la exención del IVA prevista en el artículo 13, B, letra b), de la Sexta Directiva» —precepto que obliga a los Estados con carácter general a que, en los términos por ellos fijados, eximan del IVA el alquiler de los bienes inmuebles—²⁶).

Además, es importante recordar en este punto que el TJUE, a la hora de determinar el IVA que corresponderá a la venta de un bien inmueble afecto a una actividad económica, no solo permite, sino que obliga a considerar su afectación parcial al uso privado²⁷, motivo por el cual la DGT mantiene que «la entrega de la parte del inmueble que el transmitente tenía afecta a su uso como vivienda no estará sujeta al impuesto»²⁸. Y todo ello sin olvidar que, en cualquier caso, únicamente permite la deducción de las cuotas del IVA devengadas por el alquiler de la parte afectada, es decir, en la medida en que la vivienda se utilice y afecte de forma directa y exclusiva a la actividad económica²⁹.

De todos modos, por lo que respecta al impacto en el IVA de la rebaja de las rentas de alquiler, no cabe ninguna duda de que, siempre que el arrendamiento deba quedar sujeto y no exento, tendrá lugar el devengo del Impuesto, el cual, como señala el artículo 75.Uno.7.º de la LIVA, se producirá en el momento en el que resulte exigible la parte del precio que comprenda cada percepción (calendario que, en el caso de los alquileres de bienes inmuebles, suele pactarse con carácter mensual). Y en concreto, como establece el apartado Uno del artículo 78 de la LIVA, la base imponible «estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas»³⁰, añadiendo apartado Tres.2.º que no se incluirán «los descuentos y bonificaciones que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y que se concedan previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella».

Por consiguiente, si la rebaja de la renta se realiza en el mismo momento en el que resulta exigible o con anterioridad, la base imponible se determinará conforme a la misma, pero, si ha sido pactada con posterioridad, ya se habrá producido el devengo del IVA por la totalidad de la renta exigible en su momento (con independencia de que hubiera sido pagada o no).

Sin embargo, en estos últimos supuestos, resultaría de aplicación el artículo 80.Dos de la LIVA, el cual señala que, «cuando por resolución firme, judicial o administrativa o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas o se altere el precio después del momento en que la operación se haya efectuado, la base imponible se modificará en la cuantía correspondiente»³¹.

Así pues, de ser este el caso, procederá realizar una rectificación de las cuotas impositivas repercutidas conforme al artículo 89 de la LIVA, pudien-

do el sujeto pasivo iniciar el pertinente procedimiento de rectificación de autoliquidaciones previsto en el artículo 120.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), o reintegrar al arrendatario el importe de las cuotas repercutidas en exceso y regularizar la situación tributaria en la autoliquidación correspondiente al período en el que deba efectuarse la rectificación o en las posteriores hasta el plazo de un año (a contar desde el momento en el que se debió efectuar).

III. EFECTOS FISCALES DE LA DISPENSA TOTAL DE ALGUNAS MENSUALIDADES

Por su parte, a pesar de que no se hubiera acordado una rebaja del importe de las rentas de alquiler, sino la dispensa total de algunas de ellas (que, como se señalaba, suelen pactarse con carácter mensual), se desprende de la mencionada SAN 165/2020, de 27 de enero de 2020, que también deberá considerarse producida una novación de las obligaciones del contrato. Por consiguiente, tanto por lo que respecta al impacto de su acuerdo en el IS como en el IRPF, resultan extensibles las mismas consideraciones realizadas en el apartado anterior, aunque deben destacarse importantes diferencias en relación con el IVA.

Así, respecto a los arrendamientos que pudieran estar sujetos y no exentos del IVA, es importante tener en cuenta que, en relación con las rentas dispensadas, tendrá lugar un supuesto de los que el artículo 12.3.º de la LIVA cataloga de «servicios» (los cuales equipara a las prestaciones de servicios onerosas), por cuanto asimila a dicha categoría las prestaciones de servicios a título gratuito siempre que se realicen para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional³².

Y al respecto, concreta el artículo 79.Cuatro de la LIVA que la base imponible se conformará en tales casos por «el coste de prestación de los servicios incluida, en su caso, la amortización de los bienes cedidos», siendo el arrendador el sujeto pasivo que deberá repercutir el Impuesto al 21% por ser el empresario o profesional que efectúa la prestación del servicio sujeto (art. 84.Uno de la LIVA).

No obstante, es de suma relevancia destacar en este punto una importante excepción a causa de la grave situación generada por el COVID-19, la cual ya ha sido reconocida por la propia DGT. Así, como ha recordado, el mencionado artículo 12 de la LIVA supuso la transposición al Derecho interno del artículo 26 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, el cual, si bien asimila a las prestaciones de servicios a título oneroso, entre otras operaciones, aquellas que realice el sujeto pasivo a título gratuito para fines ajenos a su empresa, permite expresamente que los Estados miembros

puedan proceder a su no gravamen si ello no supone una causa de distorsión de la competencia (lo que, como ha precisado el TJUE, debe realizarse con criterios restrictivos y no de forma generalizada)³³.

Por consiguiente, valorando la posibilidad del no gravamen de las dispensas provocadas por la pandemia, la DGT ha destacado que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, no solo limitó la circulación de las personas por las vías o espacios de uso público durante su vigencia, sino que también estableció medidas de contención que, en la práctica, podían suponer el cierre de determinados locales o actividades (lo que sigue ocurriendo mientras dure su vigencia). Por ello, entiende que, si, a causa de las suspensiones o restricciones adoptadas por el COVID-19, el arrendatario de un local de negocio no ha podido desarrollar «en ninguna medida» la actividad económica que venía desarrollando, no quedará sujeta al IVA la dispensa que, ante esta situación, le haya concedido el arrendador de las correspondientes mensualidades de alquiler, y es que, como precisa, este autoconsumo de servicios no resulta susceptible de generar «distorsiones en la competencia ni actual ni futura, ni en el mercado de arrendamientos ni en el sector de actividad afectado mientras se mantengan dichas medidas»³⁴.

Así pues, respecto a los arrendatarios que no puedan realizar su actividad económica a causa de las restricciones adoptadas para hacer frente al COVID-19, no estarán sujetos al IVA los autoconsumos que supongan las dispensas de sus rentas de alquiler durante los correspondientes meses, aunque sí que comportarán su devengo el resto de supuestos.

IV. LA TRIBUTACIÓN DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DE LAS RENTAS DE ALQUILER

Como se señalaba, de conformidad con los artículos 6.5, 14.1.a) y 40.1 de la LIRPF, los rendimientos del capital inmobiliario deben imputarse al período en el que resulten exigibles por el contribuyente, presumiéndose retribuidas todas las prestaciones de bienes, derechos o servicios susceptibles de generarlos por su valor normal en el mercado (a no ser que pueda probarse un precio diferente).

Por consiguiente, con carácter general, en un principio se deberían incluir en el IRPF todos los rendimientos del capital inmobiliario derivados del alquiler que se hubiera prestado durante el año, a no ser que, si se hubiera pactado el diferimiento del pago de algunas rentas mensuales hasta un período posterior, se pudiera probar su no exigibilidad.

No obstante, al seguir también vigente el arrendamiento en estos casos, el aplazamiento tampoco afectará a los gastos y reducciones que se pueden deducir los arrendadores durante cada período impositivo (art. 23 de la

LIRPF y arts. 13 y 14 del RIRPF) ni a la limitación del rendimiento mínimo en caso de parentesco (art. 24 de la LIRPF), del mismo modo que, al seguir vigente el contrato de arrendamiento, tampoco comportará la imputación de rentas inmobiliarias que contempla el artículo 85 de la LIRPF³⁵.

Por su parte, en relación con los rendimientos de actividades económicas, señala la regla especial del artículo 14.2.d) de la LIRPF que, en el caso de las operaciones a plazos o con precio aplazado, «el contribuyente podrá optar por imputar proporcionalmente las rentas obtenidas en tales operaciones, a medida que se hagan exigibles los cobros correspondientes», teniendo dicha consideración las operaciones «cuyo precio se perciba, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos, siempre que el período transcurrido entre la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo sea superior al año».

Y en una línea similar, lo establece la normativa del IS, donde procede recordar que, coincidiendo con la normativa contable, señalan los apartados 1 y 2 del artículo 11 de la LIS que se deberán imputar al pertinente período impositivo los ingresos derivados de los arrendamientos prestados durante el mismo con independencia del momento en el que se produzca su pago (a no ser que, como precisa, el contribuyente utilice excepcionalmente el criterio de caja en lugar del de devengo con el fin de conseguir la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados —de acuerdo con lo previsto en los artículos 34.4 y 38.i) del Código de Comercio y siempre que así se lo haya permitido la Administración tributaria—).

Sin embargo, respecto a los casos aquí analizados, procede destacar que, en relación con las operaciones a plazos o con precio aplazado, el artículo 11.4 de la LIS también invierte el criterio general de imputación temporal, señalando que las rentas «se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo»³⁶.

Así pues, mientras que en el IS se sigue con carácter general la regla de imputación del devengo, en el caso de las operaciones a plazo o con precio aplazado se sigue el de exigibilidad, aunque, igual que ocurre en el IRPF, solo tendrán dicha consideración aquellas operaciones «cuya contraprestación sea exigible, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos o mediante un solo pago, siempre que el período transcurrido entre el devengo y el vencimiento del último o único plazo sea superior al año».

Por consiguiente, respecto a la tributación del aplazamiento de las rentas de alquiler tanto en forma de rendimientos de actividades económicas en el IRPF como respecto a los contribuyentes del IS, deben distinguirse tres escenarios en ambos impuestos: si su exigibilidad se producirá dentro del propio período impositivo, si se producirá en el siguiente pero sin que haya transcurrido un año desde su devengo, o si habrá transcurrido un período superior.

De este modo, si la exigibilidad se produce dentro del mismo período impositivo, no se generará problema alguno, por cuanto las pertinentes rentas que se someterán a imposición ya habrán sido (en principio) devengadas, exigibles y cobradas.

Sin embargo, si su exigibilidad tiene lugar en el siguiente período impositivo sin que haya transcurrido más de un año desde su devengo, procederá imputar su cobro en el período en el que se devengaron a pesar de que no se hubieran cobrado ni fueran exigibles, a no ser que, en el caso de los contribuyentes del IS, siguieran el criterio de caja (siempre que así se lo hubiera aprobado la Administración tributaria).

Y finalmente, si la exigibilidad de las rentas aplazadas se produjera en un período impositivo diferente del de devengo y hubiera transcurrido más de un año desde este último, su imputación se podrá realizar en el período en el que resulten exigibles (a no ser que el contribuyente del IS decida aplicar el criterio del devengo), sin perjuicio de que, si se produjera el cobro antes de su vencimiento, se tendría que imputar al período que corresponda [como añaden de forma similar tanto el art. 14.2.d) del IRPF como el art. 11.4 de la LIS].

No obstante, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, cierto es que resultaría más adecuado que la normativa aplicable dejara de hacer referencia al año en este punto, permitiendo la posibilidad de tributar conforme a la correspondiente exigibilidad siempre que la del total del pago o del último plazo tuviera lugar en períodos impositivos diferentes.

Por su parte, respecto a los pagos a cuenta que deben proceder tanto en el IS como en el IRPF por tales rendimientos, establece el artículo 78 del RIRPF que, respecto a este último, no se deberán practicar hasta el momento en el que se abonen, mientras que, en relación con el IS, contempla el artículo 65 del RIS a tal efecto que, con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento de la exigibilidad de las rentas, o en el de su pago o entrega si es anterior a la misma.

Por último, en relación con el IVA que pudiera llevar aparejado el correspondiente alquiler, determina el artículo 75.Uno.7.º de la LIVA que, como se señalaba, el impuesto no se devengará hasta que cada renta de alquiler resulte exigible, por lo que, en principio, el IVA relativo a las rentas aplazadas deberá repercutirse en el momento en el que deban pagarse conforme a la moratoria pactada³⁷. No obstante, si la exigibilidad del pago se hubiera establecido con una periodicidad superior al año natural, añade el mencionado precepto que el devengo del IVA se producirá «a 31 de diciembre de cada año por la parte proporcional correspondiente al período transcurrido desde el inicio de la operación, o desde el anterior devengo, hasta la citada fecha», por lo que, en tales casos, deberá repercutirse el IVA

relativo a las rentas aplazadas del alquiler producido durante el año con independencia de su pago.

Y dicha falta de correspondencia entre la exigibilidad de las rentas y el devengo del impuesto incluso se producirá respecto a los contribuyentes acogidos al régimen especial de caja, por cuanto, como establece el artículo 163.terdecies.Uno de la LIVA, en las operaciones a las que sea de aplicación este régimen especial, «el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos o, si este no se ha producido, el devengo se producirá el 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que se haya realizado la operación».

V. LA IMPLICACIÓN FISCAL DEL IMPAGO DE DETERMINADAS MENSUALIDADES

Por su parte, si a consecuencia de la crisis económica y sanitaria derivada del COVID-19 se hubiera producido irremediamente el impago de algunas rentas de alquiler, tanto en el caso de los arrendadores que tributen por el IS como por rendimientos de actividades económicas en el IRPF procederá la normativa general prevista al respecto en el artículo 13.1 de la LIS (teniendo en cuenta la remisión normativa que, como se señalaba, realiza el art. 28 de la LIRPF), sin que, a consecuencia del virus, medie ninguna especialidad.

Así, en ambos casos, se deberán declarar las rentas conforme a su exigibilidad (a no ser que, en el caso de los contribuyentes del IS, siguieran el criterio de caja y así se lo hubiera aprobado la Administración tributaria), aunque se permite la deducción fiscal de la provisión de las pérdidas por deterioro de los créditos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores en determinados casos (concretamente, si han transcurrido 6 meses desde el vencimiento de la obligación, si el deudor está declarado en situación de concurso, si está procesado por el delito de alzamiento de bienes o si las obligaciones han sido reclamadas judicialmente o son objeto de un litigio judicial o procedimiento arbitral de cuya solución dependa su cobro³⁸).

Por su parte, si se hubiera producido el impago de algún rendimiento del capital inmobiliario exigible, el artículo 23.1.a).3.º de la LIRPF permite deducir de los rendimientos íntegros «los saldos de dudoso cobro en las condiciones que se establezcan reglamentariamente», punto en el que, para los ejercicios de 2020 y 2021, el artículo 15 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, ha introducido una modificación en el artículo 13.e) del RIRPF. Así, como precisa, su deducción procederá cuando el deudor se halle en situación de concurso o cuando, no habiéndose producido una renovación del crédito, hubieran transcurrido más de 3 meses (en lugar de

6) entre el momento de la primera gestión de cobro realizada por el contribuyente y el de la finalización del período impositivo.

En cualquier caso, como es lógico, si la deuda resulta cobrada con posterioridad a su deducción como gasto, deberá imputarse como ingreso en el período impositivo en el que se produzca, ya sea como rendimiento del capital inmobiliario, como rendimiento de actividades económicas o como ingreso del contribuyente del IS.

Finalmente, por lo que respecta al IVA, procede recordar que el impago de las rentas de alquiler no impedirá su oportuno devengo en el momento de su exigibilidad, por cuanto, como se señalaba, en tanto que el arrendamiento es una operación de tracto sucesivo, se produce según va resultando exigible la parte de precio que corresponde a cada percepción. Por consiguiente, el arrendador estará igualmente obligado a repercutir e ingresar el IVA correspondiente a pesar de no haberlo cobrado, sin perjuicio de que, si se da alguna de las circunstancias previstas en el artículo 80 de la LIVA, pueda emitir facturas rectificativas negativas para modificar la base imponible del Impuesto conforme al artículo 24 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (RIVA), aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre (comunicándose a la Administración tributaria y remitiéndolas de forma fehaciente al destinatario).

Sin embargo, es importante destacar en este punto la eventual incompatibilidad que presenta la normativa del Impuesto con el Derecho de la UE, concretamente con el artículo 90 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido³⁹. Y es que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del TJUE, «la Administración tributaria no puede percibir en concepto de IVA un importe superior al percibido por el sujeto pasivo», por lo que hay que interpretar que, con base en el principio general que obliga a prever la posibilidad de reducir la base imponible del IVA cuando el sujeto pasivo no perciba la totalidad o parte de la contraprestación de una operación sujeta y realizada, los Estados miembros solo pueden establecer excepciones al mismo y prever las obligaciones adicionales «para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude» que permite el artículo 273 de la propia Directiva de forma muy limitada.

Concretamente, como ha dejado claro el TJUE, solo procederán tales excepciones si son relativas a paliar la incertidumbre inherente a los impagos que pueden considerarse provisionales y/o resultan de difícil verificación, aunque siempre que no sobrepasen los límites que sean estrictamente necesarios para evitar posibles fraudes y/o la inexacta recaudación del IVA⁴⁰ y respeten el principio de proporcionalidad (en el sentido de que las medidas que adopten no vayan más allá de lo que sea necesario para su finalidad⁴¹ y de que causen el menor menoscabo a los objetivos y principios de la UE⁴²).

Por consiguiente, como destaca GÓMEZ ARAGÓN (2019), son «varios los aspectos de la regulación contenida en los artículos 80 de la LIVA y 24 del RIVA que tienen o pueden tener como consecuencia que la empresa que realizó la operación y que ingresó en su momento en la Hacienda Pública la cuota del IVA devengada, sea quien acabe asumiendo efectivamente el coste económico de dicho impuesto», por lo que, sin perjuicio de la necesidad de modificar la normativa al respecto, cualquier contribuyente perjudicado podría alegar los principios de primacía y efecto directo vertical ascendente del Derecho de la UE para invocar la aplicación directa de la Directiva⁴³.

En cualquier caso, procede añadir que, si se hubiera rectificado la base imponible y se acabara pagando total o parcialmente el crédito debido, no volverá a procederse a su modificación, salvo que el deudor actuara como empresario o profesional (entendiéndose, en este caso, que el impuesto forma parte de la cantidad percibida en la proporción que corresponda). No obstante, si el sujeto pasivo desistiera de la reclamación judicial o acordara su cobro con posterioridad al requerimiento notarial efectuado, sí que se deberá modificar nuevamente al alza expidiendo una nueva factura, emitida en el plazo de un mes con la correspondiente repercusión (art. 80.Cuatro.C) de la LIVA).

VI. EL IMPACTO TRIBUTARIO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Finalmente, la última de las contingencias derivadas del COVID-19 con impacto fiscal en los alquileres de los bienes inmuebles es el pacto de la suspensión temporal, formal y expresa del contrato de arrendamiento, como podría ser a causa de haberse prohibido temporalmente el ejercicio de la actividad económica del arrendatario. Así, en tales casos, quedarán paralizadas las oportunas obligaciones contractuales de ambas partes, por lo que no procederá imputar ni el pago ni el cobro de las rentas de alquiler durante su vigencia a nivel contable ni declarar su obtención o abono en el IS o el IRPF.

Sin embargo, respecto a los rendimientos del capital inmobiliario, procede destacar que los gastos deducibles conforme a los artículos 23 de la LIRPF y 13 y 14 del RIRPF deberán calcularse de forma proporcional al número de días del período impositivo en los que la vivienda se encontró arrendada⁴⁴, del mismo modo que, en el caso de que el bien no se encontrara afecto a una actividad económica, debería procederse la oportuna imputación de rentas inmobiliarias que prevé el artículo 85 de la LIRPF de forma proporcional al número de días en los que durara la suspensión (al no producir tampoco, durante la misma, ningún rendimiento del capital).

Por su parte, y como es lógico, tampoco procederá obligación fiscal alguna de pago a cuenta respecto a las rentas de alquiler que no se satisfagan durante la paralización del contrato (ni en el IS ni en el IRPF), sin que tampoco tenga lugar el devengo del IVA (ya que no se prestará servicio alguno)⁴⁵.

VII. CONSECUENCIAS EN LAS DEDUCCIONES SOBRE LA CUOTA ÍNTEGRA DEL IRPF RELACIONADAS CON EL ALQUILER

Finalmente, procede cerrar este estudio con la determinación del impacto fiscal de las situaciones aquí estudiadas en las deducciones sobre la cuota íntegra del IRPF relacionadas con el alquiler, empezando por la que contemplaba el artículo 68.7 de la LIRPF y que se sigue aplicando de forma transitoria. Así, si bien la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, dejó sin efecto la deducción a la cuota íntegra del 10,05% de las cantidades pagadas por el alquiler de la vivienda habitual (prevista en el mencionado el art. 68.7 de la LIRPF), también introdujo su aplicación transitoria para los contribuyentes que hubieran consolidado el derecho a su aplicación en la disposición transitoria decimoquinta de la LIRPF. En consecuencia, pueden seguir aplicándola aquellos contribuyentes que, teniendo una base imponible inferior a 24107,20 euros, hubieran tenido derecho a la misma respecto a las rentas de alquiler de su vivienda habitual satisfechas antes del 1 de enero de 2015 y por un contrato firmado antes de esta fecha, concretamente en función de las rentas que, en efecto, hayan pagado durante el año (por lo que, en los casos aquí estudiados, deberán tenerse en cuenta las variaciones en el precio que hubieran podido acontecer)⁴⁶.

Por su parte, las alteraciones en los contratos de alquiler que se hayan producido también podrán tener incidencia en las deducciones sobre la cuota íntegra autonómica que se encuentren vigentes en cada CCAA⁴⁷, ya que, de conformidad con el artículo 46.1.c) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, tienen potestad normativa para establecerlas por «circunstancias personales y familiares, por inversiones no empresariales y por aplicación de renta, siempre que no supongan, directa o indirectamente, una minoración del gravamen efectivo de alguna o algunas categorías de renta» o por «subvenciones y ayudas públicas no exentas que se perciban de la comunidad autónoma, con excepción de las que afecten al desarrollo de actividades económicas o a las rentas que se integren en la base del ahorro».

Así, para poder determinar sus efectos, procede sintetizar las actualmente vigentes en materia de alquiler:

CCAA	Deducción para determinados arrendatarios de su vivienda habitual	Deducción para el arrendador que declare rendimientos del capital inmobiliario	Deducción para el arrendador que declare rendimientos de actividades económicas
Andalucía	Sí, para determinados menores de 35 años ⁴⁶ .	No.	No.
Aragón	Sí, por arrendamiento de vivienda habitual vinculado a determinadas operaciones de dación en pago ⁴⁹ .	30% de la cuota íntegra autonómica relativa al alquiler social de viviendas o de fincas rústicas con independencia de su destino ⁵⁰ .	No.
Asturias	Sí, con carácter general en función de la base imponible y en caso de traslado por motivos laborales para el desarrollo de trabajos especialmente cualificados relacionados con actividades de I+D científicas o de carácter técnico ⁵¹ .	No.	No.
Baleares	Sí, para determinados menores de 36 años, discapacitados y familias numerosas y por el arrendamiento de vivienda en el territorio de las Islas Baleares derivado del traslado temporal de residencia por motivos laborales ⁵² .	75% de las primas de seguros ante eventuales impagos y 50% del importe de las inversiones que mejoren la calidad y la sostenibilidad de las viviendas situadas en las Islas Baleares, siempre que constituyan o vayan a constituir la vivienda habitual de un arrendatario en virtud de un contrato de alquiler ⁵³ .	No.
Canarias	Sí, con carácter general en función de determinados requisitos ⁵⁴ .	75% de las primas de seguros ante eventuales impagos ⁵⁵ .	No.
Cantabria	Sí, para determinados contribuyentes de menores de 35 años, más de 65 o discapacitados y con carácter general por los arrendamientos de vivienda habitual en zonas de en riesgo de despoblamiento en función de determinados requisitos ⁵⁶ .	50% de la cuota íntegra autonómica que corresponda a la base liquidable derivada de los rendimientos netos del capital inmobiliario reducidos por los arrendadores de vivienda habitual en zonas de en riesgo de despoblamiento ⁵⁷ .	No.
Cataluña	Sí, para determinados contribuyentes que tengan 32 años o menos, viudos de 75 años o más, discapacitados, los que formen parte de una familia numerosa o los que hayan estado en paro durante 183 días o más durante el año ⁵⁸ .	No.	No.

CCAA	Deducción para determinados arrendatarios de su vivienda habitual	Deducción para el arrendador que declare rendimientos del capital inmobiliario	Deducción para el arrendador que declare rendimientos de actividades económicas
Castilla-La Mancha	Sí, para determinados menores de 36 años ⁵⁹ .	No.	No.
Castilla y León	Sí, para determinados menores de 36 años ⁶⁰ .	15% de la inversión destinada a la rehabilitación de viviendas para núcleos rurales ⁶¹ .	15% de la inversión destinada a la rehabilitación de viviendas para destinarias al alquiler en núcleos rurales ⁶² .
Galicia	Sí, para determinados menores de 35 años ⁶³ .	No.	No.
La Rioja	Sí, para determinados menores de 36 años ⁶⁴ .	No.	No.
Región de Murcia	No.	10% de las inversiones en ejecución de proyectos de instalaciones de recursos energéticos renovables en viviendas destinadas al arrendamiento ⁶⁵ .	No.
Valencia	Sí, con carácter general y por arrendamiento de una vivienda a consecuencia de la realización de una actividad, por cuenta propia o ajena, en municipio distinto de aquel en el que el contribuyente residía con anterioridad ⁶⁶ .	5% de los rendimientos íntegros de alquileres de vivienda cuya renta no supere el precio de referencia de los alquileres privados de la Comunidad Valenciana ⁶⁷ .	5% de los rendimientos íntegros de alquileres de vivienda cuya renta no supere el precio de referencia de los alquileres privados de la Comunidad Valenciana ⁶⁸ .

Así pues, por lo que respecta a las deducciones establecidas por las autonomías sobre la cuota íntegra autonómica para determinados contribuyentes que tengan arrendada su vivienda habitual (la cual prevén todas las CCAA excepto la Región de Murcia), quedarán supeditadas a las eventuales contingencias que se hayan producido en los respectivos contratos de arrendamiento, ya que se basan en un porcentaje de las rentas satisfechas durante el período impositivo con una cuantía máxima predeterminada.

Por su parte, respecto a las deducciones creadas para los arrendadores, procede distinguir aquellas que se encuentran vinculadas al importe obtenido por las rentas de arrendamiento de las que no, ya que solo en el primer caso se verán afectadas por los efectos que el COVID-19 haya provocado en los contratos de alquiler. Así pues, solo se verán afectadas en el caso de Cantabria, Valencia y Aragón (siendo esta última la única autonomía que también prevé deducciones para los arrendamientos que no sean de vivienda), mientras que en el caso de Baleares, Canarias, Castilla y León y la Región de Murcia, al establecerse con independencia de las mensualidades de arrendamiento percibidas, podrán aplicarse sin que la rebaja, dispensa, aplazamiento, impago o suspensión tenga ninguna implicación.

No obstante, procede destacar en este punto que, excepto en los casos de Castilla y León y Valencia, tales deducciones solo son aplicables si las rentas de alquiler percibidas son declaradas como rendimientos del capital inmobiliario, por lo que, teniendo en cuenta la difícil situación que sigue planteando el acceso a la vivienda en España (y más tras los efectos de la pandemia), es importante resaltar la conveniencia de su extensión.

Así, y junto al interés de recuperar con carácter general la mencionada deducción que preveía el artículo 68.1 de la LIRPF para los arrendatarios, junto con la relativa a los importes invertidos en la vivienda habitual⁶⁹, sería necesario estimular la oferta de las viviendas de alquiler cuando las rentas obtenidas tengan la consideración de rendimientos de actividades económicas, y más considerando que, como se señalaba, sus perceptores en el IRPF no tienen acceso a las importantes bonificaciones fiscales que integra el régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda del IS (arts. 48 y 49 de la LIS).

Pero, además, debería reforzarse este estímulo prestando una especial atención a los jóvenes en tanto que colectivo susceptible de protección fiscal particular, por lo que, sin perjuicio de otras medidas que pudieran resultar adecuadas, sería conveniente que también se recuperara la deducción para determinar el rendimiento neto del capital inmobiliario que preveía el artículo 23.2.2.º de la LIRPF (consistente en el 100% de las rentas de alquiler cuando el arrendatario tuviera entre 18 y 35 años y unos rendimientos netos del trabajo o de actividades económicas en el período impositivo superiores al indicador público de renta de efectos múltiples)⁷⁰.

Finalmente, procede lamentar que ninguna de las CCAA haya creado ninguna deducción específica para compensar las pérdidas soportadas por los arrendadores a causa del COVID-19, a pesar de haber creado algunas para paliar determinados efectos de la pandemia. Así, por ejemplo, este es el caso de la deducción establecida en La Rioja relativa al 15% de los gastos, con un máximo de 300€, derivados de la contratación de personas para el cuidado de familiares afectados por el coronavirus (ya sea por haber dado positivo en las pruebas de detección o a causa de su confinamiento en cuarentena), la cual se ha introducido con carácter transitorio para 2020 y 2021 y para los contribuyentes que hayan ejercido una actividad laboral por cuenta propia o ajena fuera del domicilio familiar (al menos durante el período en el que se encontrara contratado el personal destinado al cuidado de su familiar)⁷¹.

Asimismo, puede destacarse la deducción creada en Cataluña para compensar especialmente a los contribuyentes que, por haber percibido durante el año 2020 rentas de su empleador y prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, se vean obligados a presentar la autoliquidación del IRPF (ya que, en los casos donde solo se obtienen rendimientos del trabajo, el límite anual para tener la obligación desciende de 22 000 a 14 000€ si se tiene más de un pagador que haya abonado más de 1500 euros —art. 96 de la LIRPF—)⁷², así como las deducciones por ayudas o subvenciones públicas a causa del COVID-19 que deban integrarse en la base imponible del impuesto creadas en Asturias⁷³ y en la Comunidad Valenciana⁷⁴.

VIII. CONCLUSIONES

La determinación de las consecuencias tributarias derivadas del COVID-19 en el alquiler de los bienes inmuebles resulta de carácter complejo, ya que son varios los supuestos que pueden conllevar una diferente implicación (la reducción, la dispensa, la moratoria o el impago de las rentas de alquiler, así como la suspensión temporal del propio contrato de arrendamiento), son distintos los impuestos implicados (el IRPF, el IS y el IVA), pueden desprenderse consecuencias tanto por el arrendador como por el arrendatario (que, además, variarán en función de sus características), pueden depender del momento en el que se produzcan las distintas modificaciones o incumplimientos contractuales y pueden existir especialidades directamente derivadas de la crisis sanitaria y económica acontecida.

No obstante, con base en su consideración conjunta, resulta un aspecto fundamental que las eventuales alteraciones contractuales que se hayan producido puedan ser objeto de prueba, siendo conveniente que se dejen por escrito, con la firma por ambas partes y se adjunten como anexo al contrato original.

Además, procede destacar la necesidad de modificar tanto la normativa tributaria como su actual aplicación en determinados aspectos polémicos, como ocurre con la exención en el IVA de los arrendamientos de vivienda (por cuanto se debería reconocer ante todos los supuestos en los que la finalidad del alquiler sea únicamente la de servir como tal). Asimismo, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, resultaría más que apropiado que tanto la normativa del IRPF como del IS dejaran de hacer referencia al año a la hora de determinar la imputación de los ingresos con pago aplazado (ofreciendo al contribuyente la posibilidad de imputar el rendimiento del alquiler en el momento de su exigibilidad siempre que su prestación y el derecho a percibir la renta tuvieran lugar en períodos impositivos diferentes), aunque la modificación que resulta más inaplazable es la de la posibilidad de modificar la base imponible del IVA en caso de impago conforme contempla el Derecho de la UE.

Por último, y aunque algunas comunidades autónomas han creado deducciones específicas sobre la cuota íntegra autonómica del IRPF para paliar los efectos derivados de la pandemia, procede lamentar que las únicas previsiones fiscales que se han introducido para atenuar las pérdidas derivadas de las alteraciones en los contratos de alquiler se circunscriban a la disposición adicional cuadragésima novena de la LIRPF, donde se ha establecido el extraordinario reconocimiento como gasto deducible de algunas de las rebajas que voluntariamente hubieran aceptado los arrendadores. Sin embargo, su procedencia no solo se encuentra fuertemente supeditada a importantes y restrictivos requisitos, sino que también se dejan fuera los arrendamientos de vivienda, limitándose, además, a las rentas que se declaren como de rendimientos del capital inmobiliario y que se devenguen en los meses de enero, febrero y marzo de 2021.

Por consiguiente, como ya han hecho otros países, sería más que adecuado que se contemplaran beneficios fiscales tanto para compensar como para estimular la concesión de rebajas para hacer frente a la crisis (y más considerando que, en el caso de los alquileres, entran en juego intereses generales tan relevantes como la propia subsistencia de las personas o la supervivencia del tejido empresarial y profesional), sin perjuicio de reiterar la necesidad de recuperar y ampliar los dirigidos a estimular la propia oferta de viviendas arrendables y, en general, la garantía del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2020). Medidas para paliar los efectos adversos del COVID-19 en los arrendamientos de vivienda habitual. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 12, 2, 444-457.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2021). Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempos de pandemia. *Comentarios al RDL 35/2020, Diario La Ley*, núm. 9769.
- GARCÍA LUIS, T. (2016). El régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas en el impuesto sobre sociedades, en *La reforma del impuesto sobre sociedades* (coords. Isaac Merino Jara y Tomás García Luis). Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 489-572.
- GÓMEZ ARAGÓN, D. (2019). La reducción de la base imponible del IVA por impago del precio: la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las normas españolas que la regulan y la urgente necesidad de su modificación: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 8 de mayo de 2019, A-PACK, C-127/18. *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 52.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 780, 2430-2455.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2012). El Arrendamiento con opción de compra de inmuebles urbanos. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 8, 133-169.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2012). La nueva configuración del régimen especial de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas. *Crónica Tributaria*, núm. 125, 77-105.
- RUIZ GARIJO, M. (2017). La economía colaborativa en el ámbito de la vivienda: cuestiones fiscales pendientes. *Lex Social*, vol. 7, núm. 2, 53-76.
- SÁNCHEZ GALLARDO, F.J. (2009). El IVA y los contratos de arrendamientos de viviendas con opción de compra. *Revista técnica tributaria*, núm. 85, 113-136.
- SORIANO BEL, J.M. (2017). Artículos 48 y 49. Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, en *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*, (dir. José Andrés Sánchez Pedroche). Tirant lo Blanch, Valencia, 1067-1093.

NOTAS

¹ Ambas medidas fueron creadas inicialmente por el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, aunque han sido y siguen siendo modificadas con el fin de adaptarlas a la realidad de cada momento.

² En concreto, la aprobación de una línea de avales para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación a arrendatarios en situación de vulnerabilidad social y económica como consecuencia de la expansión del COVID-19 (con un plazo de devolución de hasta seis años, prorrogable excepcionalmente por otros cuatro, y sin costes ni intereses para el solicitante) también fue creada por el Real Decreto Ley 11/2020, mientras que

se han previsto ayudas y subvenciones tanto para arrendatarios como para arrendadores a nivel estatal, autonómico y local.

³ Véase el detalle de las distintas medidas aprobadas en materia de arrendamiento para hacer frente al COVID-19 en FUENTES-LOJO RIUS (2021); JIMÉNEZ PARÍS (2020); o CHAPARRO MATAMOROS (2020).

⁴ Asimismo, previsiones similares se han adoptado en el ámbito del Derecho civil foral, como es el caso del Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, aprobado en Cataluña, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados (el cual, entre otras previsiones, garantiza a los titulares de los mencionados negocios que, si su actividad económica se ha visto suspendida o restringida a causa del COVID-19 y no consiguen un acuerdo con el arrendador, el importe del alquiler de sus locales quedará automáticamente rebajado al 50% mientras duren tales medidas —a contar desde el día en el que el inquilino haya notificado la voluntad de negociar—).

⁵ Al respecto, de conformidad con la doctrina constitucional relativa a la intervención estatal en las relaciones jurídico-privadas, es preciso destacar que tales aspectos resultan necesarios con el fin de garantizar el contenido esencial de los derechos constitucionales a la propiedad privada y a la libre empresa de las partes (reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución española —CE—), tal y como puede constatarse en Sentencias del Tribunal Constitucional (TC) como la STC 89/1994, de 17 de marzo.

⁶ Entre otras, Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V2059-09, de 17 de septiembre de 2009.

⁷ Al respecto, podrían alegarse similares argumentos que los utilizados por la DGT a la hora de considerar fiscalmente deducible el gasto derivado de una cantidad no cobrada y que ha sido objeto de condonación, por cuanto, en este caso, la aceptación de un menor ingreso también tendría «la consideración de una pérdida irreversible, consecuencia de la renegociación entre las partes». (Véase al respecto las Contestaciones de la DGT a las Consultas Tributarias Vinculantes V2777-07, de 26 de diciembre de 2007, o V1222-10, de 1 de junio de 2010).

⁸ En este punto, es importante destacar que la anterior Ley del IS (el Texto Reunificado de la Ley del Impuesto sobre Sociedades —TRLIS—, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) no contemplaba ningún requisito a la hora de considerar el arrendamiento como actividad económica, aunque, a tal efecto, la Administración tributaria venía exigiendo las condiciones establecidas a efectos del IRPF en el artículo 27.2 de la Ley del IRPF (actualmente también limitados a que, para su ordenación, se utilice al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa —ya que, desde la aprobación de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, dejó de requerirse que también se contara con al menos un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad—). No obstante, la STS 1108/2020, de 23 de julio de 2020 (Rec. núm. 3334/2018), ha dejado claro que el tenor literal del artículo 53 del TRLIS no preveía ninguna remisión a la normativa del IRPF y que, por consiguiente, no podían resultar de aplicación las mencionadas condiciones, lo que será importante tener en cuenta respecto a aquellos períodos donde, resultando aplicable el TRLIS, aún no se haya producido su prescripción por haberse interrumpido (y, por consiguiente, reiniciado su cómputo).

⁹ Para un mayor desarrollo de este régimen especial, véase GARCÍA LUIS (2016); RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, (2012) y SORIANO BEL (2017).

¹⁰ No obstante, el artículo 128.6.a) de la LIS también precisa este porcentaje del 19%, aunque puntualiza que deberá dividirse por dos «cuando se trate de rentas procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos situados en Ceuta, Melilla o sus dependencias, obtenidas por entidades domiciliadas en dichos territorios o que operen en ellos mediante establecimiento o sucursal».

¹¹ En el mismo sentido, así lo ha puesto de manifiesto la DGT en la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V0985-20, de 21 de abril de 2020, señalando que,

«para el cálculo del rendimiento neto del capital inmobiliario, debe tenerse en cuenta que las modificaciones en el importe fijado como precio del alquiler (cualquiera que sea el importe de la reducción) determinarán que el rendimiento íntegro del capital inmobiliario correspondiente a los períodos a los que afecte será el correspondiente a los nuevos importes acordados por las partes».

¹² En la misma línea, así lo ha puesto de manifiesto la DGT en la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V0985-20, de 21 de abril de 2020.

¹³ En concreto, señala el mencionado artículo 24 de la LIRPF que, cuando el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario del bien inmueble o del derecho real que recaiga sobre el mismo sea el cónyuge o un pariente hasta el tercer grado inclusive del contribuyente (incluidos los afines), el pertinente rendimiento neto del capital inmobiliario a declarar no podrá ser inferior al que resultara de la eventual renta inmobiliaria que correspondería imputar al bien inmueble conforme al artículo 85 de la LIRPF.

¹⁴ Esta deducción se aprobó por parte del artículo 13 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, el cual introdujo la disposición adicional cuadragésima novena de la LIRPF.

¹⁵ *Amending Income Tax Law to support the Cyprus economy following the COVID-19 outbreak*, aprobada el 2 de junio de 2020. Asimismo, puede destacarse la *Luxembourg's 2021 budget law*, aprobada el 19 de diciembre de 2020, donde se ha previsto que los arrendadores que hayan reducido el alquiler en sus arrendamientos comerciales durante el año 2020 puedan obtener una desgravación fiscal equivalente al doble de la reducción concedida de hasta 15000 € por edificio (o parte del mismo) y por contrato de arrendamiento comercial.

¹⁶ En este sentido, como ha precisado la DGT, mientras que si la vivienda es de propiedad podrá tener la consideración de gasto deducible la parte proporcional de conceptos como los costes de comunidad, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, las tasas de recogida de basura, los intereses del préstamo que financie su adquisición o las amortizaciones correspondientes a la depreciación efectiva del referido elemento patrimonial, en los casos de alquiler solo podrán deducirse tales conceptos si realmente son asumidos por el contribuyente y así consta en el pertinente contrato de alquiler. (Véase al respecto las Contestaciones a las Consultas Tributarias Vinculantes V0229-20, de 4 de febrero de 2020, y V1574-20, de 26 de mayo de 2020).

¹⁷ Entre otras, Contestación de la DGT a la Consulta Tributaria Vinculante V1248-06, de 29 de junio de 2006.

¹⁸ Al respecto, así lo ha dejado claro la DGT en Contestaciones a Consultas Tributarias Vinculantes como la V2240-06, de 10 de noviembre de 2006, tras señalar «que la normativa del IRPF no regula este régimen especial».

¹⁹ Entre los autores que venían reclamando su aplicación en el ámbito de los rendimientos de actividades económicas gravados por el IRPF, véase RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2007, 79), quien destacaba que, si se tiene en cuenta que el arrendamiento de viviendas es «una actividad desarrollada mayoritariamente por esta clase de sujetos», la finalidad de su fomento que justifica el mencionado régimen especial del IS «exige la propugnada extensión subjetiva».

²⁰ En este punto, también establece el artículo 101.8 de la LIRPF que «el porcentaje de retención e ingreso a cuenta sobre los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, cualquiera que sea su calificación, será del 19 por ciento», añadiendo «se reducirá en un 60 por ciento cuando el inmueble esté situado en Ceuta o Melilla en los términos previstos en el artículo 68.4 de esta Ley».

²¹ Respecto a la falta de homogeneidad entre la normativa del IRPF y del IVA a la hora de considerar a una misma persona como empresario o profesional por ser arrendador de un bien inmueble, destaca RUIZ GARIJO (2017, 66) las importantes consecuencias que puede conllevar, apuntando la conveniencia de quizás establecer, de *lege ferenda*, unos umbrales que fijasen la línea para considerar a un proveedor como un par que ofrece servicios ocasionalmente o como un profesional, con carácter ya habitual».

²² Sin embargo, por lo que aquí interesa, procede destacar que, entre otros, la propia LIVA precisa que no formarán parte de dicha exención los siguientes arrendamientos: los de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos; los arrendamientos de edificios o parte de los mismos para ser subarrendados (salvo los permitidos por la propia exención); los arrendamientos de edificios o parte de los mismos asimilados a viviendas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos; y los arrendamientos con opción de compra de viviendas, siempre y cuando su entrega estuviera sujeta y no exenta al IVA (concretamente, hasta el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción). Para la clarificación de estos últimos supuestos, véase, entre otros, ORTÍ VALLEJO (2012) y SÁNCHEZ GALLARDO (2009).

²³ Entre muchas otras, así consta en la Contestación de la DGT a la Consulta Tributaria Vinculante V1112-20, de 28 de abril de 2020, así como en la Resolución del TEAC 4423/2014, de 15 de enero de 2018.

²⁴ Véase en este sentido las Contestaciones de la DGT a las Consultas Tributarias Vinculantes V0044-19, de 4 de enero de 2019, o V0291-20, de 07 de febrero de 2020.

²⁵ Véanse en este sentido las Resoluciones del TEAC 3856/2013 y 3857/20133856/2013, de 15 de diciembre de 2016.

²⁶ Al respecto, contempla el artículo 13.B.b) de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios-sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, que, sin perjuicio de las excepciones que especifica, «los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas (...) b) el arrendamiento y alquiler de bienes inmuebles». Véase al respecto la STJUE de 15 de noviembre de 2012, *Leichenich*, C 532/11, EU:C:2012:720.

²⁷ En este punto, señala la STCE de 4 de octubre de 1995, *Bundesfinanzhof*, C-291/92, ECLI:EU:C:1995:304, que, «cuando un sujeto pasivo vende un bien del que había optado por reservar una parte para su uso privado, no actúa, por lo que se refiere a la venta de dicha parte, como sujeto pasivo en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocio-sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme» (previsión que actualmente se encuentra en el artículo 2.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido).

²⁸ En esta línea, véase la Contestación a la Consulta Tributaria 0676-01, 30 de marzo de 2001.

²⁹ Al respecto, véase la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante 0397-04, de 25 de febrero de 2004, ya que, de conformidad con el artículo 95. Tres de la LIVA, «las cuotas soportadas por la adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso por otro título de los bienes de inversión que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional podrán deducirse (...) en la medida en que dichos bienes vayan a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundados, en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional».

³⁰ En relación con la base imponible en tales casos, constituye criterio reiterado de la DGT «que en dicha contraprestación debe considerarse incluido no solamente el importe de la renta satisfecha al arrendador, sino también las cantidades asimiladas a la renta y cualquier crédito efectivo del arrendador frente al consultante derivado de la prestación de servicios y de otras accesorias a la misma, así como el importe del impuesto sobre bienes inmuebles que, según la legislación aplicable o las cláusulas contractuales, pudieran repercutirse por el arrendador al arrendatario». (Véase, por todas, la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante CV 2519-11, de 21 de octubre).

³¹ En este sentido, véase la Contestación de la DGT a la Consulta Tributaria Vinculante V2053-20, de 23 de junio de 2020, donde se señala que, «si con posterioridad al devengo de las operaciones se estipula entre los contratistas una reducción del importe fijado en concepto de renta por el arrendamiento, procederá la minoración de la base imponible en la cuantía correspondiente».

³² En esta línea, señalando que la dispensa total de la renta del arrendamiento determina la realización de una operación sujeta al IVA por tratarse de una operación asimilada a las prestaciones de servicios en su condición de autoconsumo de servicios, así lo ha reiterado la DGT en Contestaciones a Consultas Tributarias Vinculantes como la V3346-15, de 29 de octubre de 2015.

³³ STJUE de 25 de mayo de 1993, *Mohsche*, C-193/91, ECLI:EU:C:1993:203.

³⁴ Contestaciones de la DGT a las Consultas Tributarias Vinculantes V1553-20, 22 de mayo de 2020, y V2053-20, de 23 de junio de 2020.

³⁵ En el mismo sentido, así lo ha puesto de manifiesto la DGT en la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V0985-20, de 21 de abril de 2020.

³⁶ Al respecto, procede destacar la diferencia entre el vigente artículo 11.4 de la LIS y el artículo 19.4 del Texto Refundido de la ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, respecto a la imputación en el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, pues, mientras que hoy se establece que «las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros», el antiguo TRLIS señalaba que «las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que se efectúen los correspondientes cobros» (lo que permitía que el contribuyente no tuviera que soportar la tributación de rentas que aún no había percibido).

³⁷ En este sentido, véase la Contestación de la DGT a la Consulta Tributaria Vinculante V2053-20, de 23 de junio de 2020, donde se contempla que, respecto a «las rentas arrendaticias de los meses en los que las partes hayan pactado una moratoria en su exigibilidad (...), el devengo del impuesto sobre el valor añadido se producirá con ocasión de la nueva exigibilidad pactada».

³⁸ No obstante, excluye el propio precepto de dicha posibilidad a las pérdidas por deterioro de créditos adeudados por entidades de derecho público (excepto que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía) y por personas o entidades vinculadas (salvo que estén en situación de concurso y se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

³⁹ Al respecto, señala el apartado 1 del mencionado precepto que, «en los casos de anulación, rescisión, impago total o parcial o reducción del precio, después del momento en que la operación quede formalizada, la base imponible se reducirá en la cuantía correspondiente y en las condiciones que los Estados miembros determinen», añadiendo el apartado 2 que, «en los casos de impago total o parcial, los Estados miembros podrán no aplicar lo dispuesto en el apartado 1».

⁴⁰ STJUE de 8 de mayo de 2019, *A-PACK*, C-127/18, EU:C:2019:377.

⁴¹ STJUE de 26 de marzo de 2015, *Marian Macikowski*, C-499/13, EU:C:2015:201.

⁴² STJUE de 18 de octubre de 2012, *Mednis*, C-525/11, EU:C:2012:652.

⁴³ Al respecto, destaca GÓMEZ ARAGÓN (2019) la problemática que plantean los plazos de dos y tres meses, aparentemente de caducidad, para proceder a la reducción de la base imponible (apartados Tres y Cuatro.B) del artículo 80 de la LIVA), la exigencia de que el sujeto pasivo hubiera instado el cobro de la deuda mediante reclamación judicial o requerimiento notarial [apartado Cuatro.A).4.^a del artículo 80 de la LIVA] o los estrictos requisitos formales a los que se condiciona en el artículo 24 del RIVA; así como la imposibilidad de rectificarla cuando las operaciones se hubieran realizado para destinatarios que no fuesen empresarios o profesionales y cuya base imponible no fuese superior a 300 €; cuando los perceptores no estuvieran establecidos en España; o cuando

estuvieran vinculados con el sujeto pasivo [apartados Cuatro.A).3.^a, Cinco.1.º.c) y Cinco. 2.º del art. 80 de la LIVA].

⁴⁴ No obstante, la DGT ha reconocido también la deducibilidad de «los gastos de reparación y conservación dirigidos a poner el inmueble en condiciones para volver a arrendarlo» durante los periodos de tiempo en los que la vivienda no está arrendada (debiendo acreditar el contribuyente la situación de expectativa de alquiler), aunque estará condicionada a la obtención de los pertinentes rendimientos del capital inmobiliario. Sin embargo, si durante el ejercicio el contribuyente no los obtuviera con posterioridad, «podrán ser deducidos en los cuatro años siguientes, respetando cada año el límite legalmente establecido». (Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V1687-20, 29 de mayo de 2020).

⁴⁵ Véase, al respecto, la Contestación de la DGT a la Consulta Tributaria Vinculante V1117-16, de 21 de marzo.

⁴⁶ En concreto, cuando la base imponible del contribuyente sea igual o inferior a 17707,20 euros anuales, la base máxima de esta deducción será de 9040 euros anuales, mientras que, si está comprendida entre los 17707,20 y 24107,20 euros anuales, será de 9040 euros menos el resultado de multiplicar por 1,4125 la diferencia entre la base imponible y 17707,20 euros anuales.

⁴⁷ En este punto, y con independencia de los territorios históricos forales (País Vasco y Navarra), recuérdese que, a pesar de que el IRPF es un tributo de titularidad estatal, se encuentra cedido a las comunidades autónomas de régimen común, cesión que incluye parte de la recaudación relativa a los contribuyentes que hubieran residido en su territorio el mayor número de días durante el año y la potestad de ejercer determinadas competencias normativas.

⁴⁸ Artículo 7 del Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

⁴⁹ Artículo 110-12 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

⁵⁰ Artículo 110-13 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

⁵¹ Artículo 7 y 14.octies del Decreto Legislativo 2/2014, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁵² Artículos 3.bis y 4.quinquies del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁵³ Artículo 4.querter del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad autónoma de las Illes Balears en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁵⁴ Artículos 15 y 15.bis del Decreto-Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la comunidad autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

⁵⁵ Artículo 15-querter del Decreto-Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la comunidad autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

⁵⁶ Artículos 2.1 y 2.11.1.1 del Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.

⁵⁷ Artículo 2.11.1.2 del Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.

⁵⁸ Artículo 1 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

⁵⁹ Artículo 9 de la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

⁶⁰ Artículo 7.4 del Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

⁶¹ Artículo 7.3 del Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

⁶² Artículo 7.3 del Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

⁶³ Artículo 5.Siete del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la comunidad autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

⁶⁴ Artículo 32.12 de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, por la que se consolidan las disposiciones legales de la comunidad autónoma de La Rioja en materia de impuestos propios y tributos cedidos.

⁶⁵ Artículo 1.Cinco.4 del Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos.

⁶⁶ Artículos 4.Uno.n) y ñ) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos.

⁶⁷ Artículo 4.Uno.j) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos.

⁶⁸ Artículo 4.Uno.j) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos.

⁶⁹ Al respecto, establecía el mencionado precepto una deducción sobre la cuota íntegra estatal derivada de la inversión en la vivienda habitual, consistente en la posibilidad de deducir el 10,05% de las cantidades satisfechas durante el período impositivo por la adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituyera o fuera a constituir la residencia habitual del contribuyente.

⁷⁰ Y es que, como destacó el Instituto Nacional de Estadística en la nota de prensa del 2 de abril de 2019, más de la mitad de los que tienen entre 25 y 29 años aún vive con los padres, concretamente el 53,1%.

⁷¹ En concreto, esta deducción se ha introducido por la disposición transitoria primera de la Ley de La Rioja 2/2021, de 29 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2021.

⁷² Artículo 2 del Decreto Ley 36/2020, de 3 de noviembre, de medidas urgentes en el ámbito del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos y del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

⁷³ En el caso del Principado de Asturias, esta deducción ha sido establecida por el artículo 39.Ocho de la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2021.

⁷⁴ En la Comunidad Valenciana, dicha deducción ha sido creada por el artículo 52 de la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2021.

*Trabajo recibido el 30-7-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021.*

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 19-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN EN LA QUE INTERVIENE Y CONSIENTE LA VIUDA LEGITIMARIA PRETÉRITA EN EL TESTAMENTO.

En el supuesto concreto de este expediente, no hay condición que suspenda o resuelva la institución de heredero, ni este ha muerto antes que el testador ni ha repudiado la herencia, por lo que no hay duda de la subsistencia de la institución de heredero y por tanto de la validez del testamento en cuanto a la misma. Cuestión distinta es la relativa a las consecuencias que se deriven de la preterición de la legitimaria, en los términos que a continuación se expresan.

Ahora se trata de determinar si es válida la partición hecha con la viuda que no ha sido llamada en el testamento. Este Centro Directivo ha sentado la doctrina (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados. Cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima.

En principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la Autoridad Judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. En el supuesto concreto, la interpretación ha sido hecha por el único heredero llamado y concurre en el otorgamiento la única legitimaria preterida, no existiendo por tanto colisión de decisión entre los llamados a la sucesión, y dándose la viuda por pagada en sus derechos, por lo que no puede más que darse por válida la partición realizada al no haber otros interesados ni terceros perjudicados.

Resolución de 19-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: PODER OTORGADO FUERA DE ESPAÑA Y JUICIO DE SUFICIENCIA Y EQUIVALENCIA.

Conforme al artículo 10.11 del Código civil español, se aplicará «(...) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la ley que regula el ejercicio del poder de representación es la ley española. Conforme a la ley que regula la obligación principal —artículos 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008; 10.1 y 10.11 del Código civil—, no cabe duda de que los documentos públicos extranjeros de apoderamiento, si son equivalentes, formal y sustancialmente o susceptibles de ser adecuados al ordenamiento español, producen en España el efecto requerido conforme al Derecho español para la representación en la cesión de créditos con garantía hipotecaria y para su inscripción en el Registro de la Propiedad. La aplicación del Derecho español en esta materia es indudable, en la medida que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con el alcance expuesto, la regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función fedataria sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español (art. 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En cambio, la misma regla conduce a admitir, principalmente, aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico.

Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento otorgado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad a la que se refiere la apostilla deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. Si tales indicaciones constan en la escritura otorgada mediante el referido título

representativo, la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada y será inscribible en el Registro de la Propiedad el acto dispositivo formalizado en aquella escritura. Y, como también ha reiterado esta Dirección General, en el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente.

También ha puesto de relieve esta Dirección General que este juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque cuando se realiza expresamente este para el acto o negocio que se autoriza implica cabalmente aquel. Y que, siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquel cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente.

En el caso de este expediente se expresa por el notario español que se le ha exhibido copia autorizada de la escritura de poder, debidamente apostillada, con identificación de la notaria autorizante, que de tal documento resultan facultades suficientes el otorgamiento de la concreta escritura; y añade que dicho documento es «equivalente formal y sustancialmente respecto al derecho español, al estar suscrito por autoridad con facultades de fe pública conforme a la ley francesa y contener juicio suficiente de identidad y capacidad de los otorgantes». Así, la escritura pública de compraventa presentada a inscripción reseña el conjunto de aspectos del documento representativo extranjero que son necesarios para calificar su eficacia formal.

Resolución de 19-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 2.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

Como ha afirmado esta Dirección General de forma reiterada, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no pueden ahora valorarse los documentos que se aportan con el escrito de recurso y no se presentaron en el momento de la calificación impugnada.

El primero de los defectos señalados en la calificación impugnada es que, a juicio del registrador, existe contradicción en el apartado de la escritura relativo a la situación arrendaticia, al manifestarse que se ha comunicado al arrendatario de parte de la finca, por burofax, la intención de vender dicha finca y declarar a continuación que, al venderse la totalidad del inmueble, no habría lugar a los derechos de tanteo y retracto, ya que si el arrendatario, según el criterio expuesto en la escritura, no tiene derecho de tanteo y retracto, no tendría sentido la comunicación al mismo de la intención de vender la finca. Frente a esta objeción debe tenerse en cuenta que cabe que se notifique al arrendatario la intención de venta de la total finca a efectos distintos de los del posible ejercicio de un derecho de tanteo o retracto.

Debe tenerse en cuenta que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de julio de 2020, del artículo 25.7, i.i., de la Ley de Arrenda-

mientos Urbanos (art. al que se refiere expresamente la calificación impugnada) resulta inequívocamente que no hay lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda —o el local— objeto del arrendamiento arrendado se vende conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble. Es evidente que si el derecho de adquisición preferente del arrendatario no existe, no es exigible ninguna notificación al arrendatario para inscribir la transmisión de la finca arrendada.

Por último, las consideraciones precedentes conducen también a la revocación del tercero de los defectos invocados por el registrador, relativo a la falta de acreditación de la ley aplicable al contrato, sea la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 o la de 1994, a los efectos del derecho de adquisición preferente. Y es que, aun dejando al margen el hecho de que se incurre en contradicción en la propia calificación (toda vez que, al expresar el segundo defecto, el registrador se refiere al art. 25 de la Ley de 1994), lo cierto es que, al no existir derecho de adquisición preferente regulado en ambas leyes, es intrascendente dicha cuestión.

Resolución de 20-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO: SOLO ES POSIBLE MIENTRAS NO SE HAYAN ACABADO LAS OBRAS.

En el presente recurso ha de decidirse si puede o no practicarse la anotación preventiva de un crédito refaccionario cuando ya se ha hecho constar en el Registro de la Propiedad la finalización de las obras que son objeto de la refacción.

Lo primero que debe afirmarse es que en el recurso contra la calificación de registradores no cabe tener en consideración más que los documentos que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en motivos o documentos no presentados en tiempo y forma (art. 326 LH).

Siguiendo la doctrina sentada por la Resolución de este Centro Directivo de 10 de octubre de 2011, puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad. Por otro lado, la palabra anticipar, empleada por el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código civil, máxime cuando el artículo 60 de la Ley Hipotecaria se refiere al «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos». Ahora bien, aun manteniendo el concepto amplio de crédito refaccionario, el Tribunal Supremo entiende que el mismo «no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles».

Respecto del concreto defecto expresado en la calificación impugnada no cabe sino confirmar el criterio del registrador, toda vez que el reconocimiento

del concepto amplio de crédito refaccionario que el Tribunal Supremo ha tomado en consideración, según ha quedado expuesto, no puede llegar al extremo de soslayar el requisito temporal que, a efectos de su protección registral, se exige inequívocamente en la legislación hipotecaria (cfr. las Resoluciones de 19 de febrero 1896 y 9 de junio de 1911, según las cuales es requisito indispensable para la práctica de la anotación que las obras no se hallen terminadas).

En consecuencia, constando registralmente por nota marginal que las obras han concluido, y estando los asientos registrales bajo la salvaguarda de los Tribunales en virtud del artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, no cabe sino confirmar la nota de calificación del registrador, no pudiendo practicarse anotación preventiva de crédito refaccionario cuando de los propios asientos del Registro resulta la terminación de las obras, y, por lo tanto, el incumplimiento de la *conditio iuris* («mientras duren las obras») que para la práctica de la anotación preventiva de crédito refaccionario exige el artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Benissa.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede una vez más reiterar la doctrina de este Centro Directivo ya consolidada para los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral y existe una oposición expresa de titulares de fincas colindantes, cuando estos aportan documentos por escrito en apoyo de sus alegaciones (cfr. «Vistos»). 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.

Así, en el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca colindante. 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 20-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede una vez más reiterar la doctrina de este Centro Directivo ya consolidada para los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral y existe una oposición expresa de titulares de fincas colindantes, cuando estos aportan documentos por escrito en apoyo de sus alegaciones (cfr. «Vistos»). 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.

Así, en el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca colindante. 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 20-11-2020
BOE 7-12-2020
Registro de la Propiedad de Huelma.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA ENTRE EL TÍTULO Y LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el caso de la nota de calificación impugnada, el registrador emite una calificación completa tanto en su exposición fáctica y en los fundamentos jurídicos en que se fundamenta, como en las formas de subsanación.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporado al título inmatriculador. Este criterio, sin embargo, ha sido matizado en la doctrina más reciente, de tal manera que la verdadera identidad en la descripción del título y la que resulta de la certificación catastral debe extenderse únicamente a la ubicación, la fijación de linderos y perímetro de la parcela registral y catastral, descartando así construcciones o edificaciones existentes sobre la misma.

Nos encontramos en primer lugar ante una evidente discrepancia entre la descripción de la finca contenida en el título previo de adquisición y en el título traslativo inmatriculador como consecuencia de la mencionada rectificación; y, a su vez, ante una duda fundada y justificada por la registradora en su nota de calificación respecto de la identidad de la finca.

Resolución de 20-11-2020
BOE 7-12-2020
Registro de la Propiedad de Alicante, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas

o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente Resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo de los que dimanaban ya se había producido, en consecuencia, se toma razón del auto de adjudicación, pero se rechaza la cancelación de la anotación preventiva de embargo posterior, que se encuentra vigente aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

El estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática. El actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 LH y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución española y 20 y 38 LH), como así ha ocurrido en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017.

Resolución de 20-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS PARA DISPONER Y GRAVAR LOS BIENES QUE CONFORMAN LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

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). Es cierto que no siempre hay propiamente tracto sucesivo material interrumpido en la venta de bienes de la comunidad postganancial y de la comunidad hereditaria, pero para ello es preciso que intervengan todos los interesados. Nada impide que se realicen actos dispositivos parciales por los coherederos, que podrán ser inscritos como supuestos de tracto abreviado

(cfr. art. 20 LH), siempre que se cumplan los requisitos sustantivos y formales legalmente exigidos, como es la necesaria intervención de los herederos forzosos, cuya concurrencia al acto dispositivo es ineludible.

En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario. De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima.

Resolución de 20-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede una vez más reiterar la doctrina de este Centro Directivo ya consolidada para los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral y existe una oposición expresa de titulares de fincas colindantes, cuando estos aportan documentos por escrito en apoyo de sus alegaciones (cfr. «Vistos»). 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.

Así, en el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes discutiéndose sobre el carácter medianero o no de la línea divisoria entre las propiedades.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Rota.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SITUACIONES DE HECHO EN LAS QUE NO SE HA CONSTITUIDO FORMALMENTE.

La cuestión que debe resolverse parte de la situación creada como consecuencia de que con un mismo número de finca registral se han inscrito, con números de inscripción diferentes, partes de una casa, con sus respectivas descripciones, de modo tal que, en vez de dar cumplimiento al artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual debería o bien haberse inscrito la totalidad de la casa, atribuyéndose a sus titulares cuotas indivisas de dominio, o bien inscribirse cada una de las edificaciones o partes físicamente independientes como fincas registrales distintas, se han registrado en las inscripciones sucesivas las «partes de casa» con sus respectivas descripciones y titulares.

El régimen de propiedad horizontal es el adecuado para regular las situaciones en las que se produce una coexistencia entre derechos de propiedad individual y copropiedad sobre elementos comunes, como en el caso objeto de este expe-

diente. Por ello que debe considerarse que se trata de una verdadera propiedad horizontal, aun cuando no se haya otorgado el título constitutivo de la misma.

Sentado lo anterior, se hace necesario determinar si para poder inscribir la superficie de «la parte de casa C» atribuida por los otorgantes en la escritura de donación debe o no exigirse el consentimiento de los titulares registrales de las restantes partes de casa, esto es, de todos los titulares de los diferentes elementos de la propiedad horizontal de hecho. Y la respuesta ha de ser afirmativa por las razones que se pasan a exponer. Con carácter general, la determinación de la superficie correspondiente a las fincas registrales resulta esencial. La constancia registral de la superficie correspondiente a uno de los elementos integrantes de aquella debe realizarse de la misma manera que en un edificio en régimen de propiedad horizontal formalmente constituida, es decir, con el consentimiento de todos los titulares de las distintas partes de casa, pues así se exige en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal. No obstante, no existiría obstáculo que impida la inscripción de la transmisión de la cuota, así como su asignación a una «parte de casa», tal y como ha sucedido hasta ahora, sin perjuicio de que la constancia de la descripción territorial de la misma y sus linderos deba ser suspendida, en las condiciones y por los motivos antes expuestos.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A PRACTICARLO.

En cuanto a la idoneidad del recurso, debe recordarse que en la primera redacción del Reglamento Hipotecario el artículo 416 estableció que, ante la negativa a extender el asiento de presentación, cabía recurso de queja ante el juez de la localidad. La Ley 24/2001 estableció en el artículo 329 de la Ley Hipotecaria que cabía interponer recurso de queja ante esta Dirección General, con alzada ante el juez de la capital de la provincia, pero este último precepto quedó derogado y dejado sin contenido por la Ley 24/2005, por lo que actualmente la cuestión carece de una regulación directa. No obstante, 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 el 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.

Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario (*vid.* también el apartado 3 del mismo art. 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna»). Por tanto, 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 un acta

de manifestaciones que únicamente contiene obligaciones personales carentes de trascendencia real, y que no se encuentran aseguradas con derecho real alguno.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN INCLUYENDO BIENES PRIVATIVOS.

Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse 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, en su caso, 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 se le adjudiquen en las citadas operaciones liquidatorias.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, resoluciones citadas en los «Vistos») que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (*vid.* art. 1323 CC), siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid.* art. 609 CC), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características. En el presente caso no puede entenderse que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental, habida cuenta de que en el cuaderno particional los otorgantes se limitan a adjudicar al cónyuge viudo «en pago de sus gananciales» un bien privativo de la causante. Una vez disuelta la sociedad de gananciales y constante la comunidad postganancial (o postmatrimonial), lo que no cabe en modo alguno es un trasvase injustificado de una masa patrimonial a otra y con una causa negocial por completo ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5.

EXPEDIENTE ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

En cuanto a la alegación de los recurrentes de no haber tenido acceso al contenido de las alegaciones formuladas por los colindantes, este Centro Directivo ya ha señalado en Resolución de 21 de mayo de 2018 que el artículo 199 de la

Ley Hipotecaria no contiene ninguna previsión sobre la necesidad de dar traslado de las mismas al promotor del expediente. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

Lo que no impide, por otra parte, que las alegaciones recibidas sean tenidas en cuenta para formar el juicio del registrador.

e) El juicio de identidad de la finca por parte 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 identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto y posible invasión de 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. Como es doctrina de esta Dirección General, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela 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 las Resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 y reiteradas en otras posteriores como las de 4 de enero y 21 de febrero de 2019.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Avilés, número 1.

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

La exigencia sustantiva, impuesta al promotor por el artículo 6 de elaborar el libro del edificio y entregarlo a los usuarios finales del edificio, resulta de aplicación plena en todo el territorio nacional, como exigencia de naturaleza civil y mercantil, aunque «sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas comunidades autónomas».

Como ya se afirmó en la Resolución de 26 de octubre de 2016, tras la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, debe revisarse la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado vino manteniendo sobre la exigencia del libro del edificio, que señalaba, resumidamente, que no se pretende tutelar el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma. La citada Ley 13/2015, de 24 de junio, modificó el artículo 202 según se ha visto y con base en este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio. Y se exige para todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción. Es lo que ocurre en el caso particular del libro del edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de su formalización y depósito.

En definitiva, en el caso de este expediente, dados los términos claros e inequívocos del artículo 202 de la Ley Hipotecaria y del Decreto 41/2007 del Principado de Asturias, impiden excepcionar del requisito del depósito previo en el Registro del libro del edificio respecto del supuesto de autopromoción, excepción, que a diferencia de lo que ocurre con otras exigencias (v.gr. seguro decenal) no está contemplada en ninguna norma, lo cual puede estar justificado, además, en el sentido de que el seguro decenal tiene una duración temporal, mientras que el libro del edificio tiene vocación de permanencia.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra.

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD.

En el caso de este expediente de la documentación aportada y de los propios asientos del Registro resulta que la nota marginal practicada en el 2017, en virtud de mandamiento en el que imprecisamente y de forma poco técnica se ordenaba la «prórroga como definitiva» de la anotación preventiva de 2015, y en la que se concretaba el procedimiento y la cuantía reclamada, es una nota marginal que no es de mera referencia, de afección o modificativa, sino sustitutiva o con efectos propios de una anotación preventiva. En consecuencia, tanto se considere que se trata de una conversión de la anotación preventiva de embargo, en anotación preventiva definitiva —como sostiene el registrador— como si se entiende que contiene además una verdadera prórroga de la anotación del embargo —como entiende la recurrente debió hacerse constar en el Registro— la caducidad de la

anotación preventiva debe computarse desde la fecha de la citada nota marginal que hace las veces de anotación preventiva (véase art. 86 LH).

Resolución de 30-11-2020
BOE 10-12-2020
Registro de la Propiedad de Algemésí.

HIPOTECA: CARÁCTER UNITARIO.

Como cuestión previa, la registradora en su informe señala que se requirió al interesado para que se acreditara la representación alegada, pues para justificar la misma aporta una fotocopia de testimonio de escritura pública autorizada por el notario de Madrid, don Joaquín María ROVIRA PEREA, el uno de octubre de dos mil catorce, bajo el número 997 de su protocolo, sin aportarse testimonio de dicha copia autorizada de subapoderamiento ni de la propia escritura por la que Bankia, SA confiere poder a la entidad Gestores Administrativos Reunidos, SA. Pero no obstante lo anterior, tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, puede consultarse el mismo al efecto de comprobar la representación alegada facilitando la tramitación del recurso, por lo que no procede declarar su extemporaneidad. Así mismo como cuestión previa, debe reiterarse que para la resolución del recurso no pueden tenerse en cuenta documentos distintos a los que el registrador tuvo a la vista para efectuar su calificación.

No se admiten, por regla general las denominadas hipotecas solidarias, es decir, las hipotecas por las que cada una de las fincas responde en su integridad de la totalidad de la deuda garantizada. Esta prohibición se consagra expresa y terminantemente en el citado artículo 119 de la Ley Hipotecaria, y se corrobora en otros como el artículo 124 o el 126 del mismo texto legal. No obstante lo anterior, la titularidad proindiviso de las fincas no impide la posibilidad de constituir una única hipoteca sobre su totalidad. La regla de la indivisibilidad de la hipoteca, supone que la misma persiste íntegra e idéntica, aunque el crédito o la finca posteriormente se dividan o, aunque se extinga la comunidad entre los titulares, salvo que así lo acuerden acreedor y deudor procediendo a la distribución de la garantía. Mientras esto no suceda, el acreedor hipotecario solo podrá hacer efectivo su derecho en estos casos dirigiéndose contra la totalidad de la finca.

El carácter unitario de la hipoteca afecta así mismo a la hora de su ejecución, no pudiendo llevarse a cabo la misma de forma parcial. De esta forma ni el acreedor podrá exigir que recaiga sobre una parte del crédito garantizado, puesto que no hay atribución de cuotas del crédito, ni tampoco podrá llevarse a cabo la ejecución sobre la parte ideal de la finca que le corresponda a uno de los deudores aun cuando el impago procediese solo de este. Para ello debe mediar el consentimiento de las partes. Del mismo modo, no podrá cancelarse parcialmente la hipoteca respecto de una porción indivisa de la finca si no media previa distribución. Lo que sí podrá tener reflejo registral es la minoración de la deuda, pero esta minoración no implicará por sí sola la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

No obstante en el supuesto concreto de este expediente la purga de la hipoteca no es consecuencia de la ejecución de la garantía sino de la subasta judicial de la mitad indivisa del concursado que debe conducir a su adjudicación libre de cargas conforme al artículo 149.5 de la Ley Concursal en su redacción aplicable a este supuesto, que dispone la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio espe-

cial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen, lo que no sucede en este caso. Por otro lado, la situación concursal de uno de los deudores solidarios no altera ni modifica la relación del otro deudor con el acreedor que puede seguir reclamando de este el pago íntegro de la deuda en tanto no le ha sido satisfecha. En consecuencia, la adquisición por el postor, en este caso el acreedor hipotecario, de la mitad indivisa del concursado, implicará que la garantía hipotecaria pase a recaer únicamente sobre la otra mitad indivisa de la finca, si bien, como consecuencia de la subasta, quedará minorada en la cantidad correspondiente al remate, sin perjuicio de las relaciones internas entre codeudores.

Resolución de 17-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro de la Propiedad de Estella, número 1.

AUTOCONTRATO: CONFLICTO DE INTERESES.

El autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido salvo en casos concretos en que la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses, o cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación o existe posterior asentimiento o ratificación del interesado. Aparece entonces la noción sustancial del conflicto de intereses.

En la compraventa formalizada mediante la escritura calificada ese conflicto de intereses resulta inequívocamente del hecho de que el cónyuge comprador realiza una manifestación que, por sí sola, impide que entre en juego la presunción del carácter de bien de conquista que tendría la finca adquirida (*vid.* ley 88 de la del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo) y tiene como consecuencia que dicho bien tenga carácter privativo de la compradora —favorecida por dicha manifestación sobre la naturaleza del bien adquirido— que, a la vez, es representante de su consorte.

En relación con el autocontrato, según la doctrina de esta Dirección General (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 9 de julio de 2014, 20 de octubre de 2015, 26 de mayo y 3 de agosto de 2016, 9 de marzo y 27 de noviembre de 2017 y 31 de agosto de 2020), al emitir el juicio de suficiencia de facultades representativas acreditadas, el notario debe hacer mención expresa a la facultad de autocontratar o a la autorización para incurrir en conflicto de intereses. En la escritura calificada el notario autorizante se limita a afirmar que, bajo su responsabilidad, juzga al cónyuge compareciente, a los efectos del artículo 98 de la Ley 24/2001 y del artículo 156.8.º del Reglamento Notarial, «con facultades suficientes para formalizar la presente escritura de compraventa».

En el presente caso, de los términos empleados en la escritura calificada no puede concluirse indubitablemente si se trata de un negocio de atribución o de confesión de privatividad, pues se limita a expresar que la compradora y su esposo, «este último debidamente representado, declaran en este acto que la compra se ha efectuado con dinero propio de ella y para ella, solicitando la inscripción de la finca adquirida en concepto de bien privativo». Y tal expresión resulta incompatible con la claridad exigible tanto respecto del título inscribible como de los asientos registrales. Debe confirmarse, por tanto, la calificación impugnada en cuanto de la escritura calificada no resulta si lo que se formaliza es una confesión sobre el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición de la finca, de suerte que

deba practicarse la inscripción a nombre del cónyuge a cuyo favor se hiciera dicha confesión (cfr. art. 95.4 RH), o se documenta un negocio entre los cónyuges por el que determinan el carácter privativo del bien comprado por la esposa.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: APLAZAMIENTO DE LA CALIFICACIÓN Y DESPACHO DE UN TÍTULO HASTA QUE SE DESPACHE EL PRESENTADO CON ANTERIORIDAD O CADUQUE SU ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los Vistos) que estando vigentes asientos de presentación anteriores con relación a las mismas fincas, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. También ha señalado la Dirección que, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, no procede calificar el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los artículos 66 y 327.4º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación, quedando entretanto prorrogado el plazo de vigencia del segundo asiento de presentación.

En el supuesto de este expediente, el documento presentado en primer lugar y cuya calificación negativa se encuentra recurrida es una instancia privada por la que se solicita la anotación preventiva de un crédito refaccionario sobre las fincas integrantes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, entre las que figuran las fincas que son objeto de adjudicación por permuta en escritura presentada con posterioridad y cuya suspensión de calificación es objeto de este recurso. Aunque es cierto que ambos títulos no son conexos en el sentido de que la inscripción del primero no impediría la inscripción del segundo, ni tienen una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo (como si de un título previo se tratase), no es menos cierto que la suerte del título primeramente presentado va a influir decisivamente en el rango de los derechos inscritos.

Solo quedan excepcionados de la prórroga aquellos títulos (como pudiera ser una cancelación de una carga anterior o la prórroga de una anotación preventiva previa) que no constituyan documentos conexos, por no guardar relación entre ellos ni tener una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco de documentos contradictorios o incompatibles por no afectar al rango de los derechos inscritos, lo cual no ocurre en el caso de este expediente.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: APLAZAMIENTO DE LA CALIFICACIÓN Y DESPACHO DE UN TÍTULO HASTA QUE SE DESPACHE EL PRESENTADO CON ANTERIORIDAD O CADUQUE SU ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los Vistos) que estando vigentes asientos de presentación anteriores con relación a las mismas fincas, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. También ha señalado la Dirección que, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, no procede calificar el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los artículos 66 y 327.4º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación, quedando entretanto prorrogado el plazo de vigencia del segundo asiento de presentación.

En el supuesto de este expediente, el documento presentado en primer lugar y cuya calificación negativa se encuentra recurrida es una instancia privada por la que se solicita la anotación preventiva de un crédito refaccionario sobre las fincas integrantes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, entre las que figuran las fincas que son objeto de adjudicación por permuta en escritura presentada con posterioridad y cuya suspensión de calificación es objeto de este recurso. Aunque es cierto que ambos títulos no son conexos en el sentido de que la inscripción del primero no impediría la inscripción del segundo, ni tienen una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo (como si de un título previo se tratase), no es menos cierto que la suerte del título primeramente presentado va a influir decisivamente en el rango de los derechos inscritos.

Solo quedan excepcionados de la prórroga aquellos títulos (como pudiera ser una cancelación de una carga anterior o la prórroga de una anotación preventiva previa) que no constituyan documentos conexos, por no guardar relación entre ellos ni tener una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco de documentos contradictorios o incompatibles por no afectar al rango de los derechos inscritos, lo cual no ocurre en el caso de este expediente.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: APLAZAMIENTO DE LA CALIFICACIÓN Y DESPACHO DE UN TÍTULO HASTA QUE SE DESPACHE EL PRESENTADO CON ANTERIORIDAD O CADUQUE SU ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los Vistos) que estando vigentes asientos de presentación anteriores con re-

lación a las mismas fincas, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. También ha señalado la Dirección que, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, no procede calificar el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los artículos 66 y 327.4º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación, quedando entretanto prorrogado el plazo de vigencia del segundo asiento de presentación.

En el supuesto de este expediente, el documento presentado en primer lugar y cuya calificación negativa se encuentra recurrida es una instancia privada por la que se solicita la anotación preventiva de un crédito refaccionario sobre las fincas integrantes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, entre las que figuran las fincas que son objeto de adjudicación por permuta en escritura presentada con posterioridad y cuya suspensión de calificación es objeto de este recurso. Aunque es cierto que ambos títulos no son conexos en el sentido de que la inscripción del primero no impediría la inscripción del segundo, ni tienen una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo (como si de un título previo se tratase), no es menos cierto que la suerte del título primeramente presentado va a influir decisivamente en el rango de los derechos inscritos.

Solo quedan excepcionados de la prórroga aquellos títulos (como pudiera ser una cancelación de una carga anterior o la prórroga de una anotación preventiva previa) que no constituyan documentos conexos, por no guardar relación entre ellos ni tener una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco de documentos contradictorios o incompatibles por no afectar al rango de los derechos inscritos, lo cual no ocurre en el caso de este expediente.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: OBTENCIÓN DE LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Aunque se parte siempre del principio de rogación y de la obligación por parte de los interesados de suministrar los documentos que sean necesarios para la inscripción que se solicite, ello no impide que siempre que el registrador de la propiedad tenga a su alcance determinados medios de otros Registros u Oficinas que sean fácilmente accesibles, pueda utilizarlos, aunque no esté obligado a ello, para facilitar la tramitación del procedimiento registral y aclarar algunos

extremos. Si la certificación catastral aportada ofrece algunas dudas sobre un determinado dato, no hay inconveniente en que si el registrador puede acceder fácilmente a los datos del Catastro pueda tenerlos en cuenta en el procedimiento registral para determinar la suficiencia o insuficiencia de la certificación catastral aportada y para decidir si es necesario que el propio interesado complemente la prueba de dicho extremo por cualquiera de los otros medios que establece el citado artículo y cuya aportación corresponde al interesado.

La particularidad de este expediente reside en la circunstancia de existir una inconsistencia en la base gráfica catastral que impide la obtención de la oportuna certificación catastral descriptiva y gráfica. Esta Dirección General, para un supuesto de inmatriculación, ya señaló, en Resolución de 22 de septiembre de 2017 que «en los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la completa representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral» siendo admisible la aportación por el interesado de la representación gráfica alternativa. Si en la citada resolución, dictada para un supuesto en que legalmente se exige la plena identidad entre la descripción de la finca consignada en el título y la que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica, se admitió la representación gráfica alternativa, por los argumentos expuestos, en este caso, en que se pretende hacer constar la representación gráfica georreferenciada de una finca ya inscrita y consiguiente rectificación de su descripción, no debe existir obstáculo alguno en admitir la representación gráfica obtenida a través del CSV del informe de validación gráfica catastral aportado.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 7.

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: MANDAMIENTO JUDICIAL.

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; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible.

Cuando el asiento que deba practicarse en el Registro de la Propiedad sea una anotación preventiva, el título formal adecuado es el mandamiento y en este sentido se pronuncia el artículo 165 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, el mandamiento no es título formal en el sentido recogido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y así lo confirma el párrafo 1.º del artículo 257 de la misma Ley, pues no contiene por sí mismo el título material del artículo 2 susceptible de modificar el contenido del Registro. Mediante el testimonio,

el letrado de la Administración de Justicia, como fedatario público judicial, acredita que ha tenido a la vista el original y que la copia del documento corresponde íntegramente con el contenido de aquel, firmando el testimonio en prueba de su autenticidad.

No obstante lo anterior, en este caso, dado el periodo de tiempo transcurrido entre la expedición de los mandamientos, 6 de julio de 2017 y el testimonio, 4 de marzo de 2020, y que el mismo testimonio fue presentado sucesivamente en el Registro, excluyéndose en la segunda ocasión la referencia a la sentencia absoluta que recaída, que si bien carecía de firmeza, pudo haberla adquirido posteriormente, es necesaria una aclaración en cuanto a la finalidad del testimonio de forma que no quede duda de que su expedición se efectúa al objeto de extender los asientos pertinentes en el Registro de la Propiedad y no simplemente en cumplimiento del principio de publicidad al que se ha hecho referencia en el anterior fundamento.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 205 de la Ley Hipotecaria establece que «el Registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». En el caso de este expediente, la registradora en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con detalle los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular pueda coincidir con otra previamente inmatriculada, quedando perfectamente identificada la finca que pudiera verse afectada por la operación que pretende acceder al Registro.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Haro.

TÍTULO INSCRIBIBLE: EXPRESIÓN DE LA CAUSA.

En base al artículo 326 LH, es doctrina uniforme de la Dirección General de los Registros y del Notariado (por todas, Resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que 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. Por tanto, el objeto del expediente queda limitado al título presentado a su calificación y a los defectos alegados por el registrador en su nota de calificación, sin poder tener en consideración ni documentos presentados con posterioridad, en sede de recurso; ni nuevos defectos introducidos en el informe emitido por el funcionario en defensa de su calificación (*vid.* Resolución de 13 de septiembre de 2017).

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada a su vez por la propia recurrente (*vid.* las Resoluciones de 6 de julio de 2004 y las más recientes de 13 y de 21 de junio de 2018) que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica. En todo caso, en este procedimiento 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. Debe partirse del principio de 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. No siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

En el presente caso las dudas de la registradora no pueden impedir el inicio de la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ya que no se justifican en la calificación los motivos por los que la registradora concluye que existe la adición de una porción adicional, sin que se haya acreditado de forma concluyente esta circunstancia y sin que pueda basarse la negativa a la tramitación del expediente en meras sospechas o conjeturas.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas resoluciones (*vid.*, por todas, la 4 de diciembre de 2013) la referencia catastral de la finca solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral.

Tampoco resulta procedente la solicitud que formula el recurrente de inscribir el exceso de cabida como finca independiente, dado que no se ha aportado título dominical alguno en el que dicha superficie figure como tal, siendo, además, incongruente esta solicitud con las argumentaciones del recurso relativas a que la mayor superficie se encontraba ya incluida en la propia finca.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

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 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

Esta Dirección General tiene proclamado que solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que generan su tramitación. Pero no siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

En primer lugar, por la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha afirmado que la existencia de una previa operación de modificación de entidades no puede negar la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria inscrita. El procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos. Es por ello por lo que, estas dudas de identidad señaladas por el registrador no pueden mantenerse a los efectos de impedir la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la calificación que proceda a su conclusión.

Resolución de 23-12-2020
BOE 22-1-2021
Registro de la Propiedad de Meco.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES HIPOTECADOS:
VALOR DE TASACIÓN CUANDO NO SE PACTA SIMULTÁNEAMENTE EL DE
VENTA EXTRAJUDICIAL.**

Se debate en el presente recurso si habiéndose pactado en una escritura de préstamo hipotecario la posibilidad de ejecución judicial de la hipoteca a través del procedimiento de ejecución directa regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin pactarse el procedimiento de venta extrajudicial ante notario, puede tasarse la finca hipotecada a efectos de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria en el 75 por ciento del valor de tasación.

Esta Dirección General en las Resoluciones de 22 de enero y 24 de marzo de 2014 y 7 de octubre de 2015, y 8 de mayo de 2019 entre otras, ya destacó el carácter imperativo de los requisitos establecidos por los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, entre ellos la tasación ECO realizada por entidad homologada de la finca hipotecada con cumplimiento de su normativa específica, cualquiera que sea la entidad o persona deudora; y la exigencia de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolle de acuerdo con los pronunciamientos registrales dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 130 LH).

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en el sentido, en lo que aquí interesa, de que el valor en que los interesados tasan la finca para subasta no podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado para la tasación. Por el contrario, no se modifica el artículo 682 de la LEC por lo que se mantiene que el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación. Ante esta posible disparidad entre lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y lo ordenado por el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han sido diversas las opiniones doctrinales. Esta Dirección General atendiendo a la evolución legislativa, estima que la interpretación más coherente es la de entender que el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (en su redacción dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) ha modificado el criterio del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de ser siempre exigible en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados que el valor en el que los interesados tasan los bienes hipotecados a efectos de subasta no pueda ser en ningún caso inferior al 100% del valor de la tasación.

Resolución de 23-12-2020
BOE 22-1-2021
Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda.

**EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCE-
SIVO: REQUISITOS.**

Como se ha reiterado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron

del titular registral o de sus herederos (cfr. Resoluciones de 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012, 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del documento calificado, puede accederse a la inscripción.

En el presente caso, no constan documentadas públicamente dos transmisiones efectuadas hasta la mercantil que alega la titularidad actual de las participaciones indivisas; por lo que, no habiendo adquirido dicha mercantil directamente del titular registral o de sus herederos, resulta procedente la tramitación del expediente de reanudación por aplicación de lo dispuesto en la regla primera del artículo 208 de la Ley Hipotecaria.

De la regulación contenida en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria se destaca como trámite esencial del procedimiento la intervención del titular registral según la inscripción vigente en el Registro. La correcta citación a titulares registrales es objeto de calificación por el registrador, pues resulta una exigencia que no solo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución española, sino específicamente, para titular registral, de la regla segunda del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, antes transcrita. A tal efecto, debe rechazarse el proceder seguido en este expediente, ya que no resultan admisibles los intentos de notificación efectuados con anterioridad al inicio del expediente de reanudación del tracto y con posterioridad a su terminación, y, sin embargo, omitir en el curso del mismo la esencial notificación prescrita en la regla 3.^a del artículo 208 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Palma, número 6.

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Este Centro Directivo (*vid.* resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación con los impuestos de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados y de sucesiones y donaciones, como respecto al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía).

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a los impuestos señalados; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que 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.

Aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, si por tener dudas de su sujeción o no y para salvar su responsabilidad, exigiere 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, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

Resolución de 23-12-2020

BOE 22-1-2021

Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

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 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

La expresión en los linderos literarios de la finca de la existencia de un camino no puede ser motivo determinante para denegar la inscripción de una representación gráfica. En ocasiones las descripciones literarias se refieren a caminos privados como dato descriptivo físico, lo que no permite delimitar con precisión si tales caminos se incluyen o no en el perímetro de la finca. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado (Cfr. Resolución 5 de julio de 2018) que, en caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del dominio público afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión.

En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Así lo dice el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En definitiva, la mera manifestación de indicios o sospechas en la calificación no se ve refrendada con un pronunciamiento de la Adminis-

tracción que pueda verse afectada en el curso de dicho procedimiento, sin que tampoco resulte fundamentada documentalmente la oposición de los titulares colindantes.

Resolución de 13-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3.

DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

La publicidad del procedimiento de deslinde del dominio público hidráulico se contempla en el artículo 242 bis apartado 2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. 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 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 del dominio público hidráulico, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Todo lo expuesto es sin perjuicio de la tutela del dominio público que proceda en el curso de cualquier expediente registral que afecte a la finca.

En el supuesto de este expediente, con anterioridad a la presentación de la instancia que da lugar a la calificación negativa impugnada, se 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 Confederación Hidrográfica como titular de dominio público colindante, quien presentó alegaciones que fueron rechazadas por el registrador, procediéndose a la inscripción de la base gráfica.

Si bien debe quedar constancia en el folio real de los trámites de dicho expediente (cfr. Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015, invocada en el recurso), lo que se pretende por el recurrente no es la mera constancia de este trámite de notificación y su oposición, sino que, como afirma el registrador en su informe, viene a exigir un determinado contenido, lo que va más allá de la mera constancia de la tramitación del citado expediente.

Resolución de 13-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2.

FONDOS DE TITULACIÓN: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO EN LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS.

Sobre la titulización de créditos hipotecarios se ha pronunciado varias veces este Centro Directivo. A este respecto, la Resolución de 2 de septiembre de 2019 considera que la titulización es una forma de financiación utilizada habitualmente por las empresas de diversos sectores económicos, entre ellos el

de las entidades de crédito respecto de los préstamos y créditos hipotecarios. En cambio, las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipoteca son títulos valores que transmiten o ceden todo o una parte de uno o de varios de los préstamos o créditos hipotecarios de la cartera de la entidad emisora a terceros, y podrá hacerse a lo largo de toda la vida del préstamo a que se refieran, siempre que el plazo de la participación no exceda del vencimiento de dicho préstamo. Esta transmisión no necesita de inscripción registral, pero, hoy en día, nada impide su inscripción.

Por tanto, la aportación de derechos de crédito a un fondo de titulización supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo o crédito, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración; siendo el fondo de inversión el nuevo acreedor, en todo o en parte, el cual se subroga en la misma posición jurídica que tenía la entidad cesionaria concedente del crédito, ocupando su lugar en las relaciones con el deudor o prestatario, en lo referente al pago de la deuda. Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos y créditos hipotecarios, no se desprende que los deudores deban prestar su consentimiento o tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización. Pues bien, el sistema español de cesión de créditos se caracteriza porque la notificación al deudor, como elemento que se involucra entre el acreedor inicial y un tercero, no pasa de ser un mero requisito para vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario. La notificación no es un elemento constitutivo. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado en el Auto de 5 de julio de 2016 (C-7/16, asunto Banco Popular Español y PL Salvador SARL) que las cesiones de créditos son neutras para los deudores ya que no les suponen nuevas cargas financieras sino, únicamente, tener que realizar el pago a distinto acreedor.

Nada impide la inscripción de la constitución del fondo de titulización en el Registro de la Propiedad como cesión de facultades inherentes al crédito —entre ellas la de titular—, pero para ello es preciso que sea solicitado por persona legitimada y aportar la copia autorizada de la escritura pública (y no un mero testimonio no inscribible *ex art. 3 LH*). Pues bien, en el supuesto de hecho de este expediente no se ha acreditado que el solicitante tenga la representación del transmitente ni del adquirente del derecho [art. 6 apartado d) LH] ni se aporta la copia autorizada.

En el supuesto de hecho de este expediente al tiempo de la presentación del testimonio calificado, el crédito hipotecario a que se refiere el recurso consta inscrito a favor de persona distinta de la que presuntamente lo habría transmitido: desde el 17/6/2014 y con ocasión de la novación del crédito hipotecario convenido por la entidad financiera y el cliente, la hipoteca pasó de constar inscrita a favor de «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y La Rioja» a estarlo a favor de «Ibercaja Banco SA», como consecuencia de la transmisión en bloque de un patrimonio empresarial por vía de escisión y aportación desde la primera a la segunda. En cuanto al requisito del tracto sucesivo, ningún inconveniente existe para aplicar en este ámbito el principio del tracto sucesivo en su modalidad de tracto abreviado o comprimido, como ya aceptó para un supuesto similar de cancelación de una hipoteca por parte de la entidad beneficiaria previa escisión de la titular registral, la Resolución de este Centro Directivo de 31 de diciembre de 2001.

Según las anteriores consideraciones, de acuerdo con las exigencias del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesario que la sucesión en

la titularidad de la hipoteca se haga constar en el Registro, aunque sea por el mecanismo del tracto abreviado, pues solo de esta forma se produce la conexión entre el titular registral originario de la hipoteca y el nuevo titular, y además que este sea el otorgante de la escritura cuya inscripción se pretende.

Resolución de 13-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Herrera del Duque-Puebla de Alcocer.

DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

La publicidad del procedimiento de deslinde del dominio público hidráulico se contempla en el artículo 242 bis apartado 2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. 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 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 del dominio público hidráulico, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Todo lo expuesto es sin perjuicio de la tutela del dominio público que proceda en el curso de cualquier expediente registral que afecte a la finca.

En el supuesto de este expediente, con anterioridad a la presentación de la instancia que da lugar a la calificación negativa impugnada, se 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 Confederación Hidrográfica como titular de dominio público colindante, quien presentó alegaciones que fueron rechazadas por el registrador, procediéndose a la inscripción de la base gráfica.

Si bien debe quedar constancia en el folio real de los trámites de dicho expediente (cfr. Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015, invocada en el recurso), lo que se pretende por el recurrente no es la mera constancia de este trámite de notificación y su oposición, sino que, como afirma el registrador en su informe, viene a exigir un determinado contenido, lo que va más allá de la mera constancia de la tramitación del citado expediente.

Resolución de 13-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones

llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 14-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CALIFICACIÓN Y DESPACHO SUCESIVO DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS A DIARIO.

Recurrida la calificación de un título presentado en el Registro, queda prorrogado el asiento de presentación del mismo (véase art. 327 LH) y por ende se produce la prórroga de los asientos de presentación de los títulos posteriores contradictorios o conexos.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los Vistos) que estando vigentes asientos de presentación anteriores con relación a las mismas fincas, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. También ha señalado la Dirección que, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, no procede calificar el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los artículos 66 y 327.4º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación. En el supuesto de este expediente, el documento presentado en primer lugar y cuya calificación negativa se encuentra recurrida es una instancia privada por la que se solicita la anotación preventiva de un crédito refaccionario sobre las fincas integrantes de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, entre las que figuran las fincas que son objeto de adjudicación por permuta en escritura presentada con posterioridad y cuya suspensión de calificación es objeto de este recurso.

Solo quedan excepcionados de la prórroga aquellos títulos (como pudiera ser una cancelación de una carga anterior o la prórroga de una anotación preventiva previa) que no constituyan documentos conexos, por no guardar relación entre ellos ni tener una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco de documentos contradictorios o incompatibles por no afectar al rango de los derechos inscritos, lo cual no ocurre en el caso de este expediente.

Resolución de 14-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

Hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados.

Esta Dirección General ha venido considerando que, no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos

los actos administrativos, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos que recogen dichos actos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro.

Como señaló la Resolución de 9 de julio de 2011, y se ha recogido en muchas otras posteriores, convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.^a, párrafo primero, RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.^a, párrafo segundo, RH). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Ahora bien, esta doctrina debe entenderse aplicable para cuando no ha habido un previo pronunciamiento judicial de fondo sobre la procedencia o no del nombramiento de administrador judicial de la herencia yacente, pues en tal caso se entiende cumplido el principio constitucional de tutela efectiva que tiene su manifestación en sede registral en el llamado principio de tracto sucesivo. En el supuesto de hecho de este expediente, se han acompañado para subsanar el defecto —correctamente señalado por la registradora— auto firme dictado en el procedimiento ordinario número 974/2018, del que dimana la presente ejecución en el que se desestima el nombramiento de defensor judicial.

Resolución de 14-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

DOCUMENTOS JUDICIALES: PRESENTACIÓN POR EL PROCURADOR DEL TRASLADO A PAPEL DE UN DOCUMENTO AUTÉNTICO CUANDO CONTENGAN UN CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN.

En relación con el fondo del asunto, esta Dirección General ya viene admitiendo como documentos auténticos a efectos de presentación en el Registro el

traslado a papel de los mismos cuando contengan un Código Seguro de Verificación que permita contrastar su autenticidad. Por tanto, aunque la presentación de documentos electrónicos puede hacerse por vía telemática, nada impide también la presentación en papel cuando tienen un código seguro de verificación. El «código generado electrónicamente» permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. Este constituye la simple referencia lógica —alfanumérica o gráfica— que identifica, dentro de la sede electrónica, cada documento electrónico, previamente autorizado, también en forma electrónica.

La previsión del código seguro de verificación como uno de los sistemas específicos de firma electrónica de las Administraciones públicas en supuestos de actuación automatizada —cfr. artículo 42.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre—, no excluye la posibilidad de utilización de sistemas de firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones públicas que permitan la verificación mediante código seguro de verificación de las copias en soporte papel de los documentos firmados electrónicamente (cfr. art. 27 de Ley 39/2015, de 1 de octubre).

El registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Esta obligación es plenamente coherente con la general que impone al registrador calificar la autenticidad y vigencia de la firma electrónica de un documento presentado mediante la oportuna consulta al correspondiente prestador de servicios de certificación o, la calificación de autenticidad de una carta de pago electrónica, o de cualquier otro documento remitido de forma telemática al Registro.

Señala la Instrucción de este Centro Directivo de 19 de junio de 2019, que: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración pública, órgano o entidad emisora».

Igual criterio se ha mantenido en Resoluciones de 25, 30, 31 de enero y 7, 10, 14, 17, 21, 28 y 23 de febrero de 2017, en las que se afirmó que lo mismo resulta de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación.

De ahí se colige que no hay una exclusión absoluta de la presentación telemática de documentos judiciales y administrativos por particulares, siempre y cuando puedan ser verificados indubitadamente en cuanto a su integridad, veracidad y firma, como ocurre con aquellos que vienen garantizados con código seguro de verificación. Y desde luego no puede ser rechazada la realizada por el Procurador de los Tribunales que representa a una de las partes en el procedimiento judicial en el que se ha generado, dada la atribución legal de competencia a los procuradores para la realización de los actos de comunicación procesal.

Resolución de 14-1-2021
BOE 28-1-2021
Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Respecto de la notificación realizada por fax al presentante, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 8 de marzo y 2 de octubre de 2013 y 23 de junio de 2014 y 20 de septiembre de 2017), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo.

Respecto a la rectificación del Registro, es doctrina reiterada de este Centro Directivo 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, practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este recurso, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dicho asiento ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Resolución de 14-1-2021
BOE 28-1-2021
Registro de la Propiedad de Piedrabuena.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: REQUISITOS.

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.

De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio, cuando el promotor sea causahabiente del titular registral o adquirente directo del citado causahabiente ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar los títulos intermedios. En el caso que nos ocupa, el promotor del expediente declara expresamente haber adquirido la finca en virtud de contrato de venta otorgado el 23 de marzo de 2005 por los titulares registrales de la finca vivos al tiempo de la venta y por los hijos y sobrinos de los ya fallecidos.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 33.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA SU EJERCICIO. CLÁUSULA PENAL: RENUNCIA A SU MODERACIÓN.

Se plantea en este expediente, de nuevo, una cuestión relativa a la posibilidad de inscribir un acta de resolución de un contrato de compraventa como consecuencia del ejercicio por parte de la vendedora de la facultad de resolución pactada al amparo del artículo 1504 del Código civil para garantizar el pago de parte del precio aplazado. En este caso concurre una circunstancia relevante, puesta de manifiesto por el registrador, que consiste en la oposición expresa por parte de la entidad compradora requerida a la resolución.

Según la reiterada doctrina fijada por esta Dirección General (cfr. las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor; 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; 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 corresponsa, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª RH).

Pues bien, conforme la jurisprudencia y doctrina expuesta en la citada 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. Este criterio ha sido reiterado recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo 341/2020, de 23 de junio de 2020. Por tanto, la moderación judicial de la pena estaría prohibida, y la aplicación del artículo 1154 del Código civil excluida, cuando las partes, en legítima realización del principio de la autonomía de la voluntad, hayan pactado de forma inequívoca atribuir la pena (en su integridad) al incumplimiento de una obligación concreta, como puede ser la de pagar una determinada cantidad en una fecha señalada específicamente. Así pues, como sostiene el registrador, 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.

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 han pactado una

cláusula penal en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de la obligación de pago del comprador, el vendedor hará suyas las cantidades percibidas, y han convenido expresamente que dicha cláusula penal resultaría de aplicación, en su totalidad, en el caso de incumplimiento parcial, total, irregular o tardío del precio aplazado por el comprador, de manera que no haya lugar a la restitución prevista en el artículo 1123 del Código civil; han pactado excluir la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del mismo Código; la compradora había aceptado la cláusula penal declarando su proporcionalidad y adecuación a la vista de los perjuicios que soporta el vendedor por la falta de cobro del precio de la compraventa; el comprador había renunciado, de forma expresa e irrevocable, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial orientada a excluir la aplicación de la cláusula penal o a obtener una minoración o retraso; y la cláusula está inscrita en el Registro resultando oponible no solo a las partes sino también frente a cualesquiera terceros registrales. En consecuencia, dándose tales circunstancias, no es precisa la consignación.

Por lo demás, ya puso de relieve dicha resolución que de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión. Pero —como el entonces analizado por este Centro Directivo— no es este el caso a que se refiere el presente recurso.

El segundo de los defectos señalados es que se ha producido la oposición por la parte compradora a la resolución. Conforme a la doctrina reiterada de esta Dirección General en cuanto a este punto, no puede más que confirmarse el defecto señalado.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

La LPH atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17, 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 de índole turística de las viviendas 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 entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (cfr. las Resoluciones de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020). En el presente caso el registrador no basa su calificación negativa de la norma estatutaria debatida en que se exceda del ámbito de actividades a que se refiere dicha norma especial sino en que, a su juicio, lo que se permite en esa norma especial es limitar o condicionar, pero no establecer una prohibición absoluta de la actividad de alquiler o explotación de índole turística de las viviendas.

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 sobre 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 «límite 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.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 6.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES.

Como cuestión procedimental previa debe recordarse que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A la luz del contenido de los artículos 541 LEC y 144 RH no cabe sino confirmar el criterio sostenido por la registradora en su calificación y desestimar el recurso, dado que para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado solo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE PRIVATIVIDAD EN EL MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes

privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018 y 12 de junio y 17 de diciembre de 2020).

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 19-11-2020
BOE 7-12-2020
Registro Mercantil de Cádiz

ARTÍCULO 40 RD-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19. ACUERDOS POR ESCRITO Y SIN SESIÓN: SIN PREVISIÓN ESTATUTARIA SOLO SE ADMITEN PARA LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN. JUNTA GENERAL UNIVERSAL POR ESCRITO Y SIN SESIÓN: REQUISITOS. ARTÍCULOS 101 Y 102 RRM. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS SOCIALES.

SE CONFIRMA. A falta de previsión estatutaria, la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admite únicamente para los órganos de administración pero no para la junta general, según resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que —también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate— todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día. Lo que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición

por parte de dos de los tres socios —expresada en el acta notarial— a que se adoptaran los acuerdos por esa vía.

El acta presentada a calificación no es un acta de junta general en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, sino un «acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria de Junta General y se les envía la documentación que va a ser objeto de la Junta, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad ejercitando su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día, (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante Notario), poniéndose de manifiesto el quórum de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la repetida Junta». Es indudable que, por ello, el acta referida no puede tener la consideración de acta de la junta y, por ello, habrá de ser sometida a trámite de aprobación (cfr. arts. 202 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital y 101 a 105 del Reglamento del Registro Mercantil).

Las consideraciones anteriores llevan a confirmar el cuarto defecto, toda vez que la elevación a público de los acuerdos sociales debe tener como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos; y también podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, cuando los acuerdos constaren en acta notarial de la junta; todo ello en la forma establecida en los artículos 107 a 112 del Reglamento del Registro Mercantil. Y en el presente caso tales requisitos no han sido cumplidos.

Resolución de 19-11-2020

BOE 7-12-2020

Registro Mercantil de Cádiz.

ARTÍCULO 40 RD-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19. ACUERDOS POR ESCRITO Y SIN SESIÓN: SIN PREVISIÓN ESTATUTARIA SOLO SE ADMITEN PARA LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN. JUNTA GENERAL UNIVERSAL POR ESCRITO Y SIN SESIÓN: REQUISITOS. ARTÍCULOS 101 Y 102 RRM. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS SOCIALES.

SE CONFIRMA. A falta de previsión estatutaria, la posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admite únicamente para los órganos de administración pero no para la junta general, según resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que —también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate— todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día. Lo

que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios —expresada en el acta notarial— a que se adoptaran los acuerdos por esa vía.

El acta presentada a calificación no es un acta de junta general en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, sino un «acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria de Junta General y se les envía la documentación que va a ser objeto de la Junta, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad ejercitando su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día, (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante Notario), poniéndose de manifiesto el quórum de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la repetida Junta». Es indudable que, por ello, el acta referida no puede tener la consideración de acta de la junta y, por ello, habrá de ser sometida a trámite de aprobación (cfr. arts. 202 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital y 101 a 105 del Reglamento del Registro Mercantil).

Las consideraciones anteriores llevan a confirmar el cuarto defecto, toda vez que la elevación a público de los acuerdos sociales debe tener como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos; y también podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, cuando los acuerdos constaren en acta notarial de la junta; todo ello en la forma establecida en los artículos 107 a 112 del Reglamento del Registro Mercantil. Y en el presente caso tales requisitos no han sido cumplidos.

Resolución de 19-11-2020
BOE 7-12-2020
Registro Mercantil Central

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIÓN ABREVIADA.

SE REVOCA. Solicitada del Registro Mercantil Central por el ahora recurrente certificación negativa respecto de la denominación social «Hit Healthy Indoors Technologies, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que, conforme al artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil, las siglas o denominaciones abreviadas («HIT», en el presente caso) no podrán formar parte de dicha denominación social.

En el ámbito de la idoneidad de una denominación social, el artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil prohíbe que las siglas o denominaciones abreviadas formen parte de la denominación social (salvo las siglas indicativas del tipo de sociedad). Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de 1 de diciembre de 1997 dispone que tal prohibición tiene la finalidad de evitar más eficazmente la dualidad de nombres que se produciría de admitir la denominación social, por una parte, y anagrama —acrónimo, en el presente caso— o abreviatura, por otra. Pero la interpretación de esta prohibición debe tener en cuenta que el fin último de las disposiciones reglamentarias sobre denominación social es identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas; y a esta finalidad responde una de las

funciones básicas del Registro Mercantil Central. Por ello, dicha prohibición debe ser objeto de interpretación restrictiva cuando el término o la partícula cuestionados no solo pueden ser resultantes de la suma de siglas del resto de la denominación sino que tienen —en sí mismos o en combinación con los restantes componentes de esa denominación— una significación propia; y eso es lo que ocurre en el presente caso con el término «Hit» (por cierto, con muy diversas acepciones —«golpe», «acierto», «éxito», «impacto», etc.—) unido al resto de las palabras escritas en inglés que conforman la denominación (con significado de «tecnologías saludables para interiores»).

Resolución de 23-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro Mercantil de Madrid, número XVII

DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE EMBARGO. DERECHO DE ADICCIÓN PREFERENTE: NO ES POSIBLE REFERIRLO A SOLO PARTE DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y NO CABE EL PAGO APLAZADO. EXCLUSIÓN DE SOCIO: SOLO SUPUESTOS TASADOS POR LA LEY O ESTATUTOS.

SE CONFIRMA. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se modifican los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada para disponer el derecho de adquisición preferente en caso de embargo, así como el precio de la transmisión.

La registradora resuelve no practicar la inscripción de dichas disposiciones porque —a su juicio— permiten que, antes de la fase de apremio, pueda ser modificado el objeto de embargo al sustituir, totalmente o en parte, las participaciones sociales embargadas por su valor contable, aun cuando dicho importe sea inferior a lo reclamado por el actor en el procedimiento de ejecución y cuyo pago podrá ser aplazado, con la consecuencia de imponer al juez el alzamiento de la traba respecto de las participaciones adquiridas. Aunque reconoce que la norma estatutaria es muy similar a las que fueron objeto de análisis y resolución favorable a la inscripción en las Resoluciones de esta Dirección General de 9 y 23 de mayo de 2019 y 6 y 27 de febrero de 2020, considera que «la regulación estatutaria introduce, en este caso, circunstancias especiales que agravan la posición del actor en el procedimiento, al permitir que puedan ser adquiridas, en ejercicio del derecho de adquisición preferente, solo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable con independencia de que sea el valor contable u otro que se determine lo que aquí no se discute, sea pagado de forma aplazada». Por último, considera que la disposición según la cual, en el caso de que ni la sociedad, ni ninguno de los socios ejercitase el derecho de adquisición preferente, «se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión», no puede ser objeto de inscripción dado el carácter extraestatutario del pacto y la exigencia legal de que la exclusión del socio se base en una causa legal o en causa prevista en los estatutos.

Tal y como indica la registradora en su calificación estamos ante un supuesto muy parecido a las resoluciones de la Dirección General indicadas quedando admitido el derecho de adquisición preferente para el caso de embargo de las participaciones sociales, sin embargo, no debemos obviar —tal y como indica la registradora— que la cláusula estatutaria debatida permita que, en ejercicio de

aquel derecho, puedan ser adquiridas solo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable sea pagado de forma aplazada. Esta objeción debe ser confirmada, pues, por una parte, el artículo 108.2 de la Ley de Sociedades de Capital sanciona con la nulidad cualquier cláusula estatutaria por la que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. Y, por otra parte, aunque la exigencia de que el precio o valor de las participaciones se pague al contado se establece únicamente respecto de las transmisiones «*mortis causa*» y no en relación con las transmisiones forzosas ello se debe a que para estas últimas se contempla —con carácter supletorio— un sistema consistente en la atribución de un derecho de subrogación por el adquirente en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados.

Además, dadas las analogías de la transmisión forzosa con la exclusión del socio, debe tenerse en cuenta que un aplazamiento de cinco años en el pago del precio del valor de las participaciones embargadas resulta también incompatible con el plazo establecido en el artículo 356.1 de la Ley de Sociedades de Capital para reembolsar al socio excluido el valor de sus participaciones, del cual resulta que, en vía de principio, no puede imponerse a los socios dilaciones a la hora de realizar el valor patrimonial de sus participaciones; algo que, además, es acorde con el interés de los acreedores. Por último, únicamente cabe excluir al socio por las causas legales tasadas o por las establecidas expresamente en los estatutos (cfr. arts. 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital).

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro Mercantil de Toledo.

ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL. OMISIÓN EN LA CERTIFICACIÓN DE ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

SE CONFIRMA. La cuestión sobre la que versa este expediente se centra en la posibilidad de subsanar, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, una omisión padecida en una certificación de acuerdos del consejo de administración de una compañía mercantil, mediante una diligencia suscrita por el propio notario. Este recurso debe abordarse desde la perspectiva de la competencia de los sujetos actuantes en el mecanismo de elevación a público de acuerdos sociales. El proceso de adopción de decisiones por un consejo de administración ha de quedar reflejado en la correspondiente acta. La competencia para redactar la escritura de elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde al notario, incluyendo en ella todas las circunstancias del acta que sean necesaria para calificar la validez de aquellos, tomando como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos.

Cuando, como en este caso, el documento que sirve de base es la certificación de los acuerdos, resulta evidente que las menciones necesarias para calificar la regularidad del proceso decisorio deberán estar reflejados en la propia certificación (art. 112 del Reglamento del Registro Mercantil), con independencia de que, a criterio del notario, se transcriban también en la escritura.

La Dirección General se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la interpretación del artículo 153 del Reglamento Notarial, contribuyendo a perfilar sus límites; de entre los muchos aspectos que han sido abordados, interesa destacar en este lugar el relativo al ámbito de su potencial aplicación, circunscribiéndola al margen de intervención del notario en el documento, de manera que solo alcanzaría a «la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos como consecuencia de apreciación de hechos o actuación del propio notario» (Resolución de 7 de enero de 2020).

En el caso examinado en el presente recurso, la diligencia extendida por el notario autorizante de la escritura afecta a un extremo que debe constar en la certificación unida (art. 112 del Reglamento del Registro Mercantil) y no a una mención confiada al notario en la redacción de la correspondiente escritura. En consecuencia, no corresponde al notario subsanar por sí solo la omisión padecida en la certificación unida.

Resolución de 26-11-2020

BOE 10-12-2020

Registro Mercantil de Barcelona, número VIII.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: EL COMPROMISO DE CELEBRAR JUNTA NO SUPLE LA CONVOCATORIA FORMAL. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD: EL PAGO DE LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN CON ADJUDICACIÓN *IN NATURA* REQUIERE ACUERDO UNÁNIME.

SE CONFIRMA. Por la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se liquida una sociedad limitada y en pago de la cuota de liquidación se adjudican determinados bienes, derechos y dinero. En la misma escritura se elevan a público los acuerdos de cese de las dos liquidadoras mancomunadas, nombramiento de una liquidadora única (una de las que cesaron) y aprobación del balance de liquidación, proyecto de división del haber social con las correspondientes adjudicaciones a los socios.

El registrador se opone a la inscripción de dicha escritura, e indica como primer defecto que no puede entenderse que la junta general cuyos acuerdos se elevan a público haya sido convocada por las dos liquidadoras mancomunadas. La recurrente alega que la junta general de 3 de marzo de 2020 para la liquidación de la sociedad ya fue convocada por acuerdo adoptado en la junta general universal que también acordó la disolución de la sociedad el 17 de julio de 2019. Es cierto que en dicha escritura de disolución consta dicho acuerdo adoptado por unanimidad pero, atendiendo únicamente a la escritura calificada, no puede equipararse este compromiso de «formalizar» la junta general para liquidación y extinción de la sociedad con la convocatoria de aquella con los requisitos establecidos en la ley (cfr. arts. 166 a 177 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital), todo ello al margen de las consecuencias que pudieran desprenderse del incumplimiento de tal compromiso.

En cuanto al tercer defecto, el registrador suspende la inscripción porque entiende que, a pesar de lo manifestado por la liquidadora única de la sociedad, en la certificación de 19 de junio de 2020 incorporada a dicha escritura, en relación con el reparto por acuerdo unánime de todos los socios del inmovilizado y el reparto en efectivo metálico a determinada socia (la antigua liquidadora

mancomunada cesante) del resto de su cuota de liquidación, no existe el consentimiento de esta señora.

La propuesta de reparto del activo resultante entre los socios debe ajustarse a las normas establecidas en los artículos 391 a 394 de dicha Ley, y entre ellas la relativa al contenido de la cuota de liquidación según la cual «Salvo acuerdo unánime de los socios, estos tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación» (art. 393.1). Como puso de relieve la Dirección General en Resoluciones de 14 de febrero de 2019 y 30 de septiembre de 2020, en los casos en que el derecho del socio a la cuota de liquidación se satisfaga no en dinero sino mediante la adjudicación de bienes concretos es imprescindible que el acuerdo unánime de los socios se adopte una vez que se haya determinado el haber líquido partible así como la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta —a falta de cláusula estatutaria concreta— (*vid.* la Resolución de este Centro Directivo de 13 de febrero de 1986). Solo así queda garantizado el derecho del socio a la integridad de la cuota resultante de la liquidación. Además, como se expresa en la citada Resolución, al no contener la Ley de Sociedades de Capital una regulación completa de la materia, y dada la naturaleza de acto particional que la división del haber societario conlleva, habrán de ser tenidas en cuenta las normas que regulan la partición de las herencias (cfr. art. 1708 CC y 234 del Código de Comercio) y en especial los artículos 1059 y 1061 del Código civil, que sancionan los principios de unanimidad e igualdad en la partición.

Resolución de 3-12-2020

BOE 18-12-2020

Registro Mercantil de Asturias, número II.

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES EXISTIENDO EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR VOLUNTARIO A INSTANCIA DE UN SOCIO MINORITARIO: ES NECESARIO EL INFORME DE AUDITORÍA.

SE CONFIRMA. Estamos ante un recurso relativo a un depósito de cuentas anuales cuando consta en el mismo registro un expediente de nombramiento de auditor voluntario a instancia de un socio minoritario, para el mismo ejercicio, el cual ha sido cerrado por no aceptación de los tres auditores nombrados.

La Dirección General en enero de 2019 se pronunció sobre un caso similar indicando que cuando hay una resolución firme de un registrador sobre la procedencia de un nombramiento de auditor voluntario, aunque el expediente haya sido cerrado con las consecuencias legales que procedan, seguirá siendo necesario que, para depositar las cuentas del ejercicio en cuestión, se acompañe el pertinente informe del auditor de cuentas, que deberá ser nombrado por el registrador mercantil cuando este decreta la reapertura del expediente. Todo ello sin perjuicio de que el socio minoritario pueda desistir o renunciar a su derecho.

Por lo que en el caso que nos ocupa el recurso no puede prosperar porque para poder depositar las cuentas del ejercicio en cuestión será necesario que las mismas se auditen por el auditor que designe la registradora, previa reapertura del expediente, o que el socio minoritario que instó el mismo, desista o renuncie a su derecho, lo cual debe ser efectuado en la forma debida.

Resolución de 3-12-2020

BOE 18-12-2020

Registro Mercantil de Madrid, número V.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: DERECHO DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS.

SE CONFIRMA. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se elevaron a público determinados acuerdos adoptados en junta general de una sociedad anónima, de aumento de capital mediante aportaciones dinerarias y modificación del artículo de los estatutos sociales relativo al capital social. Dicho acuerdo se aprobó con el voto a favor por dos titulares de acciones que representan conjunto el 95,444 por ciento del capital y el voto en contra por una socia titular de las restantes acciones que representan el 4,556 por ciento del capital social.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no se cumple lo establecido en el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital. Se debe determinar si las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto son las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no cumplimentado en términos tales que los derechos individuales de los socios hayan recibido el trato previsto en la Ley.

El recurrente alega que aun cuando por un error material no se incluyó en los anuncios de convocatoria de la junta general la referencia al artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, ningún derecho se vio vulnerado pues la socia disidente solicitó la documentación y la misma le fue remitida.

Debe tenerse en cuenta que, si bien se acompañaron a la escritura calificada para su inscripción fotocopia de determinado envío postal (burofax certificado con confirmación de entrega) el 9 de mayo de 2020, que, según el recurrente, contiene propuesta de acuerdo de aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, incluyendo el texto íntegro de la modificación estatutaria que se propone a la junta, e informe del órgano de administración en relación con la propuesta de aumento de capital, debe confirmarse el criterio del registrador al expresar en su calificación que tales fotocopias, además de carecer de valor formal a efectos registrales, se refieren a envíos realizados con posterioridad a la convocatoria de la junta general, y que el envío realizado por correo certificado con acuse de recibo no puede acreditar su contenido.

A tales circunstancias deben unirse el hecho de un texto de convocatoria ciertamente escueto y al hecho de que la accionista disidente ha considerado sus derechos individuales violados (de modo que ha expresado en el acta de la junta general su oposición a que esta se considere válidamente convocada, anunciando el ejercicio de las acciones procedentes —razón por la cual bien puede haber considerado que, para conservar su posición en la sociedad, no era necesario suscribir ninguna de las nuevas acciones emitidas—). Por ello esta situación impide tener por válidamente realizada la convocatoria, por lo que el recurso no puede prosperar.

Resolución de 3-12-2020

BOE 18-12-2020

Registro Mercantil de Barcelona, número XI.

ESCISIÓN: LAS PUBLICACIONES DEL ACUERDO DE ESCISIÓN NO PUEDEN SER ANTERIORES A LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL. ESCISIÓN: DERECHO DE INFORMACIÓN Y OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES. PROYECTO DE ESCISIÓN: FIRMA.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE. Mediante los acuerdos sociales que se formalizan en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso determinada sociedad de responsabilidad limitada se escinde parcialmente con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otras dos sociedades de nueva creación. En dicha escritura consta que en junta general universal de aquella sociedad celebrada el 5 de marzo de 2020 se aprobó por unanimidad la escisión, según el proyecto de escisión aprobado —también por unanimidad— en junta general universal de 31 de diciembre de 2019.

Según el primero de los defectos impugnados, considera el registrador que los anuncios del acuerdo de escisión, publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el 29 de enero de 2020 y en determinado diario el 3 de febrero de 2020, no pueden ser anteriores a la fecha de celebración de la junta general que acuerda la escisión (5 de marzo de 2020) ya que los acreedores tienen derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios, pues el derecho de oposición se fundamenta en el conocimiento que se proporciona a los acreedores, a efectos de ponderar si hacen uso o no del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento. Por ello considera que deberán publicarse nuevos anuncios. Por otro lado, en los anuncios publicados consta como fecha de celebración de la junta general que aprobó la escisión el 31 de diciembre de 2019, cuando la junta celebrada ese día solo aprobó el proyecto de escisión, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución.

El segundo defecto está íntimamente relacionado con el anterior, pues añade el registrador que, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad.

El ordenamiento se ha ocupado de proteger los intereses de los acreedores de las sociedades involucradas en el proceso de fusión o escisión, y para esa protección tiene en cuenta que no son parte del proceso. En tanto en cuanto la sucesión universal que se produce como consecuencia del proceso altera, sin su consentimiento, la persona del deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la escisión es necesario que la escritura recoja

la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (art. 227.2.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

Por ello, los dos primeros defectos invocados en el presente caso por el registrador no son inocuos respecto de los derechos de los acreedores, que bien pueden haber creído que la aprobación del proyecto de escisión determina únicamente esa fecha a la que necesariamente deben ser anteriores los créditos que dan derecho a oponerse a escisión, de modo que el plazo para que esos acreedores anteriores pudieran oponerse no empieza a contarse mientras no se publicara el acuerdo de escisión propiamente dicho.

Lo cierto es que, en el presente caso, a la vista de las circunstancias reflejadas en la escritura calificada, no por el hecho de que en la fase previa o preparatoria del proceso de escisión, el 31 de diciembre de 2019, ya se haya pronunciado la junta general respecto del proyecto de escisión —algo que, aunque no sea habitual, es posible— puede entenderse que haya devenido innecesaria la ulterior fase decisoria, como lo demuestran los acuerdos adoptados posteriormente en la junta general de 5 de marzo de 2020, a la que debe suceder la fase ejecutiva mediante la publicación de los anuncios.

En cuanto al defecto sexto (los defectos tercero, cuarto y quinto no deben ser analizados porque el recurrente expresa su conformidad y su intención de subsanarlos), según el cual el ejemplar del proyecto de escisión, junto con sus anexos, de los que resultan los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, que se acompaña junto con la escritura, no está suscrito por los administradores de la sociedad escindida.

Respecto del proyecto de escisión debe tenerse en cuenta que, como afirma el recurrente, aunque el ejemplar del mismo que se ha acompañado a la escritura carece de las firmas de los administradores, lo cierto es que aparece incorporado a la escritura calificada el texto íntegro de dicho proyecto, con las firmas de los administradores, por lo que debe considerarse cumplidos los requisitos establecidos sobre tal extremo en los artículos 30 y 73 de la Ley 3/2009 y 230.1.1.^o del Reglamento del Registro Mercantil. No obstante, debe confirmarse la objeción del registrador relativa a los anexos que contienen la relación de los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, pues es necesario que contenga tales firmas como medio de identificar a las personas que asumen la responsabilidad de su contenido. Por lo que el recurso no puede prosperar salvo respecto de la falta de firma del proyecto de escisión (extremo en que se estima parcialmente el recurso), en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

Resolución de 10-12-2020

BOE 28-12-2020

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I.

VÁLIDA CONSTITUCIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: QUÓRUM EXIGIDO. COMUNIDAD HEREDITARIA SOCIO.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE. Estamos ante un recurso de una escritura cuya calificación es impugnada mediante la cual se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el 2 de septiembre de 2019 por el consejo de administración de una sociedad anónima, por los que se nombra vicepresidente de

dicho órgano colegiado a don E. y, por cooptación, como consejera y presidenta del mismo órgano a doña A.H., representante de la comunidad hereditaria de don A.H., fallecido el 15 de julio de 2019, que era accionista y presidente del consejo de administración.

En primer lugar, el registrador suspende la inscripción de tales acuerdos porque —a su juicio— no puede considerarse válidamente constituido el consejo de administración, pues según los estatutos sociales deben concurrir a la reunión, presentes o representados por otro consejero, la mitad más uno de sus miembros, y, de los cuatro consejeros que lo componen, uno ha fallecido y otro se ha opuesto claramente tanto a la celebración de la mencionada sesión como a delegar su derecho de voto.

En cuanto a la necesidad permanente de que la sociedad esté dotada de un órgano de administración impone tanto su existencia como su capacidad de actuación y por ello la legislación dota a las sociedades de mecanismos para que así sea incluso cuando se dan situaciones especiales. De ahí que se prevea la posibilidad de la existencia de sustitutos y, en el caso de consejo de administración de sociedades anónimas, la designación de administradores por cooptación. Sin embargo, hay que partir de unos mínimos exigidos para que dicha constitución sea válida, especialmente en cuanto al número de asistentes etc, a tenor de la normativa vigente a tal efecto y diversas resoluciones de la Dirección General. Hasta el punto de que el artículo 171 del texto refundido de la LSC establece que, para el caso de cese de la mayoría de miembros del consejo de administración, habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, confirmando que el consejo no puede constituirse válidamente.

Entendiéndolo de igual manera la Dirección General en Resoluciones de 15 de octubre de 2012, 31 de julio de 2014 y 14 de marzo de 2016, que añaden que, de producirse una sucesión de vacantes en el consejo que amenace su válida constitución corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo en ejercicio de su deber de diligente administración (arts. 167 y 225 de la Ley de Sociedades de Capital) y para evitar incurrir en responsabilidad para lo que el ordenamiento les dota de amplias facultades (art. 171 segundo párrafo de la misma Ley). Por todo ello, no cabe oponerse por el hecho de que en el acta consta que se declaró por el vicepresidente válidamente constituido el consejo de administración, «no constando oposición a la representación a meros efectos de quórum de constitución», pues tal declaración no puede, por la sola calidad de quien la formula, vincular al registrador cuando aquella queda contradicha por la documentación aportada en términos tales que dicha declaración no puede mantenerse; y así ocurre en el presente caso, pues del escrito del consejero ausente, incorporado a la escritura calificada, resulta inequívocamente que se opone de modo expreso a la celebración del referido consejo de administración y solicita que se convoque junta general para nombrar consejero que cubra la vacante producida por fallecimiento del presidente del órgano de administración.

En segundo lugar, el registrador suspende la inscripción del nombramiento de consejera por cooptación porque no resulta que dicha señora ostente la condición de accionista de la sociedad. En el presente caso, respecto de la aptitud para ser nombrado administrador, debe admitirse también la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, contemplando la comunidad hereditaria a través del prisma de la unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio. Y en el acta se expresa que se nombra a la señora H., no «*uti singuli*», sino «en representación de la comunidad hereditaria de su fallecido padre». Por ello, habiendo admitido el vicepresidente del consejo de administración dicha representación,

no puede confirmarse el criterio del registrador en cuanto se limita a objetar que no resulta que dicha señora ostente la condición de accionista, cuando —como ha quedado expuesto y sin que el registrador alegue contradicción alguna sobre este extremo que resulte del título calificado ni del Registro— el vicepresidente del consejo de administración ha admitido la intervención de dicha señora y su nombramiento de administradora como representante de la comunidad hereditaria que, según la jurisprudencia, es la que ostenta la cualidad de socio.

Resolución de 11-12-2020

BOE 28-12-2020

Registro Mercantil de Tarragona, número I.

DEPÓSITO DE CUENTAS. OBLIGACIÓN DE INFORME DE AUDITORÍA DE AUDITOR VOLUNTARIO.

SE CONFIRMA. El objeto de este recurso es dilucidar si pueden depositarse las cuentas anuales de una sociedad limitada, no obligada a verificación contable, que designó voluntariamente auditor, cuya inscripción consta en el Registro Mercantil, cuando las cuentas no vienen acompañadas del informe del auditor designado.

Conforme a reiterada doctrina de la Dirección General sobre los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, por parte de la sociedad no obligada a verificación contable, de un nombramiento de auditor realizado con carácter voluntario (Resoluciones en materia de recursos gubernativos de 25 de agosto de 2005, 16 de mayo de 2017, 18 de noviembre de 2015, 15 de marzo y 15 y 21 de diciembre de 2016; y Resoluciones en materia de expertos y auditores de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo y 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras), resulta que inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Por lo que el recurso no puede prosperar.

Resolución de 17-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro Mercantil de León.

SOCIEDAD MERCANTIL SIN ÁNIMO DE LUCRO: EXCLUSIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO EN SENTIDO SUBJETIVO (SOCIOS) PERO NO EN SENTIDO OBJETIVO (FIN COMÚN SOCIAL GENERAL).

SE REVOCA. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con la peculiaridad de que según el artículo 2 de sus estatutos sociales, «La sociedad carece de ánimo de lucro...».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el ánimo de lucro que se concreta de manera muy singular en la obtención de dividendos partibles entre los socios constituye un elemento esencial de las sociedades que tiene su origen en el carácter oneroso del contrato de sociedad, tal y como apa-

rece profusamente reconocido legislativamente. Añade que tal carácter esencial del ánimo de lucro ha tenido su refrendo, entre otras, en la Resolución de esta Dirección General de 2 de febrero de 1966, que señala que «al ser el fin último de la sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquel...», o la Resolución de 22 de noviembre de 1991, que entiende que «en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran». Por ello, concluye que resulta contradictorio con la propia configuración estructural de una sociedad de capital pretender que su finalidad, concretada en las actividades que integran su objeto social, carezca de ánimo de lucro, habiendo previsto el legislador para ello otras entidades jurídicas que por definición legal y por su propia finalidad carecen de tal ánimo de lucro.

La recurrente alega, en síntesis, que dicha interpretación ya ha sido superada por la jurisprudencia comunitaria y la española. Que la sociedad recurrente es una entidad sin ánimo de lucro, cuyos beneficios se reinvierten íntegramente en el desarrollo de su actividad social, sin que exista reparto de ganancias en modo alguno, y esta posibilidad ya se ha admitido por diferentes registros mercantiles; por otro lado, las sociedades mercantiles sin ánimo de lucro están admitidas en el artículo 43.4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en el artículo 5 del Decreto 212/2010, de 30 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma de Aragón; y finalmente, que el ánimo de lucro no tiene por qué ser para la propia sociedad, sino para obtener beneficios en el desarrollo del objeto social, sin reparto de beneficios entre los socios sino únicamente para reconvertirlos en los fines sociales establecidos en los estatutos, y, por ende, nada impediría que la sociedad limitada pueda no tener ánimo de lucro en sentido de reparto de beneficios entre los socios.

En el presente caso en atención a su doble carácter, contractual y normativo, la interpretación de los estatutos debe hacerse teniendo en cuenta las normas sobre interpretación de los contratos, pero sin excluir absolutamente las reglas sobre la hermenéutica de las leyes.

En el ámbito de las normas de la interpretación de los contratos, los artículos 1281, 1282 y 1283 del Código civil establecen, como regla general, que lo decisivo para la interpretación de un contrato es la intención de los contratantes. Conforme al artículo 1284, si alguna de las cláusulas de los contratos admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Y según el artículo 1285 del mismo Código, deben interpretarse unas cláusulas por las otras de modo que prevalezca sobre las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Por otra parte, en el ámbito de las reglas sobre interpretación de las disposiciones normativas, debe tenerse en cuenta que estas, según el artículo 3.1 del Código civil, «se interpretarán en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Si las cláusulas de los artículos 2, 29 y 30 de los estatutos objeto de calificación se interpretan unas por otras, debe llegarse a la conclusión de que en ellas se excluye únicamente el ánimo de lucro en sentido subjetivo (obtención de ganancias repartibles; lucro personal de los socios), pero no se excluye el ánimo de lucro en sentido objetivo (obtención de ganancias o ventajas patrimoniales

que no se reparten entre los socios sino que se destinan a un fin común, social, que es ajeno al enriquecimiento de sus socios, como es en este caso la promoción de la integración laboral y social de personas afectadas por una discapacidad, de suerte que los beneficios derivados de la actividad económica deben reinvertirse para la consecución de dicho objeto social —exigencia estatutaria de «reversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad» a la que se refiere el artículo 43.4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). Por todo ello, debe revocarse la calificación impugnada.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro Mercantil de Tenerife, número II.

DEPÓSITO DE CUENTAS. CIERRE DEL REGISTRO PARA EL DEPÓSITO DE CUENTAS SIN EL DEPÓSITO PREVIO DE LAS CUENTAS DEL EJERCICIO ANTERIOR.

SE CONFIRMA. El objeto de este recurso es la solicitud de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. De los tres defectos señalados por la registradora, solo se recurre el tercero, relativo a la falta de depósito de las cuentas del ejercicio 2018.

En ningún caso la Dirección General se puede pronunciar sobre la nota de calificación que se acompaña al recurso, y correspondiente a las cuentas del ejercicio 2018, pues como reconoce el propio recurrente, la notificación de la misma se produjo el día 13 de diciembre de 2019, y el recurso se ha interpuesto el día 28 de septiembre de 2020, y contra otra nota de calificación, la correspondiente al depósito de las cuentas del ejercicio 2019.

Centrándonos en el objeto del recurso, sobre si pueden depositarse las cuentas anuales del ejercicio 2019, cuando están pendientes de depósito las del ejercicio 2018 por haber sido calificadas negativamente, la respuesta claramente es negativa, conforme a los artículos 282 LSC y 378.1 RRM, por lo que el recurso no puede prosperar.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro Mercantil de Asturias, número II.

RENUNCIA DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO: FORMA DE NOTIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN A DOMICILIO NO INSCRITO. TRACTO SUCESIVO. ARTÍCULO 147 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. NOTIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 202 Y 203 REGLAMENTO NOTARIAL: FORMA.

SE CONFIRMA. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se renuncia al cargo de administradora solidaria de una sociedad limitada y la renunciante requiere al notario —art. 147 RRM— para que notifique de su renuncia a la sociedad en el domicilio social que figura en el Registro y también en otro domicilio, alegando que en el anterior no radica la sede real de

la sociedad. En el acta consta que el notario se personó en el segundo domicilio indicado y que la persona con quien entendió la diligencia correspondiente se negó a hacerse cargo de la notificación, por lo que el notario remitió la cédula de notificación por correo certificado con aviso de recibo al domicilio que según el Registro Mercantil constituye el domicilio social y según el acuse de recibo la entrega no se pudo realizarse por «desconocido».

La registradora resuelve no practicar la inscripción alegando en su calificación que habiendo resultado infructuosa la notificación de la renuncia por el sistema de carta certificada con acuse de recibo, debe acudir a la notificación presencial por parte del notario, que se debe llevar a cabo en el domicilio social que obra en el Registro, conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial, interpretado de acuerdo con las Resoluciones de la Dirección General de 30 de enero y 5 de marzo de 2012, 10 de enero y 16 de diciembre de 2013, 22 de julio de 2014 y 19 de febrero de 2020.

El recurrente alega, en esencia, que el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil debe integrarse en su interpretación con el artículo 111 del mismo Reglamento y este precepto establece que la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

Es doctrina de la Dirección General que según los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, debe tenerse por efectuada la notificación siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos. Si no ha sido posible acreditar la notificación efectiva, es necesario que se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación previstos en la norma (uno de ellos por el notario de forma personal).

Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo. Al haberse realizado en este caso únicamente el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo al domicilio social que consta en el Registro Mercantil conforme al citado artículo 202 del Reglamento Notarial, pero no el intento de notificación presencial en ese mismo domicilio, debe confirmarse la calificación impugnada.

Resolución de 18-12-2020

BOE 9-1-2021

Registro Mercantil de Tenerife, número II.

DEPÓSITO DE CUENTAS. CIERRE DEL REGISTRO PARA EL DEPÓSITO DE CUENTAS SIN EL DEPÓSITO PREVIO DE LAS CUENTAS DEL EJERCICIO ANTERIOR.

SE CONFIRMA. El objeto de este recurso es la solicitud de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. De los tres defectos señalados por la registradora, solo se recurre el tercero, relativo a la falta de depósito de las cuentas del ejercicio 2018.

En ningún caso la Dirección General se puede pronunciar sobre la nota de calificación que se acompaña al recurso, y correspondiente a las cuentas del ejer-

cicio 2018, pues como reconoce el propio recurrente, la notificación de la misma se produjo el día 13 de diciembre de 2019, y el recurso se ha interpuesto el día 28 de septiembre de 2020, y contra otra nota de calificación, la correspondiente al depósito de las cuentas del ejercicio 2019.

Centrándonos en el objeto del recurso, sobre si pueden depositarse las cuentas anuales del ejercicio 2019, cuando están pendientes de depósito las del ejercicio 2018 por haber sido calificadas negativamente, la respuesta claramente es negativa, conforme a los artículos 282 LSC y 378.1 RRM, por lo que el recurso no puede prosperar.

Resolución de 15-1-2021

BOE 28-1-2021

Registro Mercantil de Asturias, número II.

RENUNCIA DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO: FORMA DE NOTIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN A DOMICILIO NO INSCRITO. TRACTO SUCESIVO. ARTÍCULO 147 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. NOTIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 202 Y 203 REGLAMENTO NOTARIAL: FORMA.

SE CONFIRMA. Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se renuncia al cargo de administradora solidaria de una sociedad limitada y la renunciante requiere al notario —art. 147 RRM— para que notifique de su renuncia a la sociedad en el domicilio social que figura en el Registro y también en otro domicilio, alegando que en el anterior no radica la sede real de la sociedad. En el acta consta que el notario se personó en el segundo domicilio indicado y que la persona con quien entendió la diligencia correspondiente se negó a hacerse cargo de la notificación, por lo que el notario remitió la cédula de notificación por correo certificado con aviso de recibo al domicilio que según el Registro Mercantil constituye el domicilio social y según el acuse de recibo la entrega no se pudo realizarse por «desconocido».

La registradora resuelve no practicar la inscripción alegando en su calificación que habiendo resultado infructuosa la notificación de la renuncia por el sistema de carta certificada con acuse de recibo, debe acudirse a la notificación presencial por parte del notario, que se debe llevar a cabo en el domicilio social que obra en el registro, conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial, interpretado de acuerdo con las Resoluciones de la Dirección General de 30 de enero y 5 de marzo de 2012, 10 de enero y 16 de diciembre de 2013, 22 de julio de 2014 y 19 de febrero de 2020.

El recurrente alega, en esencia, que el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil debe integrarse en su interpretación con el artículo 111 del mismo Reglamento y este precepto establece que la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

Es doctrina de la Dirección General que según los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, debe tenerse por efectuada la notificación siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, Si no ha sido posible acreditar la notificación efectiva, es necesario que se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de

la cédula de notificación previstos en la norma (uno de ellos por el notario de forma personal).

Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo. Al haberse realizado en este caso únicamente el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo al domicilio social que consta en el Registro Mercantil conforme al citado artículo 202 del Reglamento Notarial, pero no el intento de notificación presencial en ese mismo domicilio, debe confirmarse la calificación impugnada.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Discapacidad psíquica y maternidad: incipiente evolución jurisprudencial*

Psychic disability and maternity: incipient jurisprudential evolution

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE**
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece el necesario otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para poder ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad. Derivado de ello la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Fruto de estas modificaciones se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un *incipiente vuelco* a la jurisprudencia anterior, pero todavía muy pequeño. Ello implica la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también sus circunstancias familiares y sociales.

ABSTRACT. *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities establishes the necessary granting of support for persons with mental disabilities to be able to*

* 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 a principios de enero de 2021, cuando el Proyecto de Ley sobre discapacidad estaba debatiéndose en el Congreso de los Diputados.

exercise their right to motherhood without violating, in turn, the right of the minor to be unprotected, and to also be able to participate actively as a mother in society. Derived from this, Law 1/1996 on the legal protection of the minor, after the reform operated by Law 26/2015, establishes that in no case will a minor be separated from his / her parents due to a disability of the minor, of both parents or Of one of them. As a result of these modifications, the jurisprudence has been pronouncing that has given an incipient turn to the previous jurisprudence, but still very small. This implies that the need to see case by case, because the supports will be different, taking into account the mother's mental disability, but also her family and social circumstances.

PALABRAS CLAVE. Discapacidad. Discapacidad psíquica. Maternidad. Autonomía personal. Medidas de apoyo,

KEY WORDS. *Disability. Mental Disability. Maternity. Personal Autonomy. Support Measures*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. DISCAPACIDAD PSÍQUICA COMO CAPACIDAD DIFERENTE.—II. EL «PRINCIPIO DE IGUALDAD» Y EL «PRINCIPIO DE CUIDADO».—III. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE: MUJER Y CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DE LAS NUEVAS CUESTIONES.—IV. PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA MATERNIDAD DE LA MADRE CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y EL MENOR «EN RIESGO DE DESAMPARO». ACTUACIÓN DEL CURADOR.—V. ¿REALMENTE SE HA PRODUCIDO UNA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?—VI. CONCLUSIONES.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. DISCAPACIDAD PSÍQUICA COMO CAPACIDAD DIFERENTE¹

Como sabemos la Convención de las Naciones Unidas adoptada en Nueva York el 13 de marzo de 2006 fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (en vigor desde el 3 de mayo de 2008) pero no es hasta estos momentos de debate en el Congreso del *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, cuando apremia el abordar diferentes puntos y/o aspectos necesarios sobre los que recapacitar.

No debemos olvidar que, como ya hemos indicado en artículos precedentes, la Convención engloba dentro de las discapacidades de orden intelectual, las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas, siendo su objetivo central en que frente a la posibilidad de medidas sustitutivas de la voluntad de la persona prevalezca la adopción de medidas de apoyo, para que ella misma pueda ejercer sus derechos, incluida la toma de decisiones en los ámbitos personales y sociales.

El proyecto parte del *pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se*

puede restringir ni se puede modificar. Sin embargo, la Convención no alude a sus deberes (ni siquiera al deber general de no dañar a otro)².

Se diferencia entre medidas *anticipatorias* o *preventivas*, basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo; y, las medidas *reactivas* o *ex post*, esto es, las que se establecen una vez constatada la necesidad de apoyo, porque nada ha previsto al respecto el interesado³.

Las medidas de apoyo deberán ajustarse a los *principios de necesidad y proporcionalidad*, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Por consiguiente, no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad). Apoyo que puede afectar tanto a la esfera personal de quien lo precise (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, *relaciones afectivas*, derechos de la personalidad, etc.), como a la estrictamente patrimonial (contratos, disposiciones a causa de muerte, propiedad, etc.), o a ambas.

Nos interesa destacar para nuestro estudio que uno de los principios básicos del proyecto es el del *respeto prioritario a la voluntad, deseos y preferencias de la persona*, a diferencia del *mejor interés de la persona con discapacidad*⁴. Principio que actúa tanto en el establecimiento del apoyo que precise (el art. 252 CC),⁵ como en la determinación de su contenido y alcance (art. 249 CC, último párrafo)⁶. Además, en algunos momentos, voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen también como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa⁷. Además, cuando esas «voluntades, deseos y preferencias» no están plenamente formadas, es *necesario contribuir a esa formación* (art. 282 CC)⁸.

Si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. *Aunque veremos seguidamente que no siempre es así: como ocurre cuando choca el interés de la madre discapacitada y su hijo o hijos menores y la posible declaración de su desamparo.*

Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 249, 2.º que «*las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.*».

Cuando la persona con discapacidad tenga *menoscabadas sus facultades intelectuales en tal grado que requiera un curador representativo*, este «*deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración*» (art. 249, 3.º).

Volviendo al tema que nos ocupa es obvio que la nueva concepción de la discapacidad tiene como principal obstáculo, la repercusión de sus actos. Recordemos que en general las instituciones de apoyo no serán de tipo representativo, ni de sustitución, ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad sino que *realizarán el apoyo cuando sea necesario y con mínima intervención*, de tal modo que *solo en casos excepcionales* tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre

la persona a la que prestan apoyo. Como dice PAU «la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba»⁹.

El proyecto elimina las figuras de la *patria potestad prorrogada*, y de la *patria potestad rehabilitada* tanto por su rigidez (pues suponen una facultad representativa total, con la consiguiente privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad) como por su duración. El hijo recibirá el apoyo que necesite, según el grado de su discapacidad, a través de la institución ordinaria de apoyo, que es la curatela¹⁰.

II. EL «PRINCIPIO DE IGUALDAD» Y EL «PRINCIPIO DE CUIDADO»

Uno de los principios fundamentales plasmados en nuestra Constitución es el de la *dignidad* de la persona, sin olvidar el de la *igualdad* ante la Ley de todos los españoles sin que pueda prevalecer discriminación alguna por «cualquier... condición o circunstancia personal o social». En conexión con ello, el artículo 249 del proyecto indica que: «las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de *igualdad*. Estas *medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales...*».

Conectando estos principios con el tema de la discapacidad, cabe recoger las palabras de PAU que indica que «El “principio de igualdad” y el “principio de cuidado” son dos principios complementarios y sin embargo contrapuestos. El “principio de igualdad” propugna el trato igual a todas las personas (sin perjuicio de la posibilidad de “desigualdades igualatorias”, como ha dicho el Tribunal Constitucional), y el “principio de cuidado” propugna lo contrario: el trato desigual a todas ellas. La razón de que sean dos principios contrapuestos radica en que el primero es un principio objetivo, abstracto, universal (se refiere a todas las personas en general) y el segundo es un principio subjetivo, concreto, particular (se refiere a cada una en su irreductible individualidad)... El deber general de cuidado tiene su fundamento en dos rasgos que son comunes a todos los seres humanos: la interdependencia y la vulnerabilidad. Todos somos dependientes unos de otros... todos dependemos del cuidado de los demás. Y todos somos vulnerables, pero cada uno lo es de manera distinta, la prestación del cuidado ha de hacerse de manera particularizada, individualizada, atendiendo a las necesidades de cada persona, que son distintas de las necesidades de los otros. Es cierto que determinados colectivos humanos son especialmente vulnerables: las personas con discapacidad...»¹¹.

En el caso de las personas con discapacidad el deber de cuidado surge cuando actúa alguna de las instituciones de apoyo, puesto que la función primordial de estas consiste en «asistir» a una persona. Asistencia que debe estar en conexión con el respeto a su personalidad. El curador o cuidador debe cumplir las obligaciones legales de su cargo: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones; procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282). Obligaciones que deberán cumplirlas con cuidado¹².

III. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE: MUJER Y CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DE LAS NUEVAS CUESTIONES

El artículo 49 CE, recoge un mandato dirigido a todos los poderes públicos para que se realice una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título (se refiere al título I, en el que se recogen los derechos fundamentales) otorga a todos los ciudadanos¹³.

A finales del año 2018 e inspirándose en la filosofía de la Convención el Gobierno socialista impulsó una reforma del citado artículo 49 para superar la redacción de 1978, (que aún continua siendo un proyecto) en los siguientes términos¹⁴:

«1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

La Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad entiende por *discriminación por motivos de discapacidad*, cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables entendiéndose por tales 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 (art. 2 de la Convención).

La Convención se refiere específicamente a la situación de las mujeres, en su artículo 6, al establecer que los Estados parte reconocen que las *mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación* y, a ese respecto, han de adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Precepto que también señala que los Estados parte tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la Convención.

IV. PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA MATERNIDAD DE LA MADRE CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y EL MENOR «EN RIESGO DE DESAMPARO». ACTUACIÓN DEL CURADOR

A todo ello hay que añadir además la *discriminación interseccional*, pues las mujeres con discapacidad se enfrentan a situaciones y discriminaciones que no comparten ni el resto de las mujeres ni el resto de las personas con discapacidad.¹⁵ En estos casos las medidas de protección deben de estar reforzadas.

Ambos poderes públicos, el legislativo y el judicial en la interpretación y aplicación de las normas, deben tener en cuenta la específica situación de la mujer con diversidad funcional en general, y, específicamente, en la discapacidad intelectual.

El artículo 23 de la Convención, bajo el título *Respeto del hogar y de la familia*, dispone la obligación para los Estados parte de reconocer los derechos de las personas con discapacidad en todas las *cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales para evitar la desigualdad*. Concreta, además, el reconocimiento del derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad. También se establece la obligación de que se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos manteniéndose su derecho a la fertilidad, siguiendo los criterios de igualdad.

De acuerdo con su apartado segundo los Estados parte han de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares cuando estos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de su responsabilidad en la crianza de los hijos.

Cabe destacar lo dispuesto en el apartado cuarto, en el que los Estados parte se comprometen a garantizar que ningún niño será separado de sus padres salvo que ello sea necesario en función del *interés superior del menor* y que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

V. ¿REALMENTE SE HA PRODUCIDO UNA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?

La separación de un niño de su padre o de su madre guardadores por causa de discapacidad intelectual del progenitor ha de ser el último recurso adoptado en aras del *interés del menor*. Ha de procurarse siempre que los padres puedan seguir ejerciendo sus *responsabilidades con los apoyos que sean necesarios*.

El propósito de la Convención (art. primero) se centra en promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente...

La cuestión objeto de debate se centra en la posibilidad *caso por caso*, de determinar si la discapacidad en el caso enjuiciado puede concretarse como un concepto evolutivo, como consecuencia de la diferencia mental, intelectual o sensorial, y en su grado, y si pueden suponer una limitación para la participación

plena y efectiva de la maternidad y, además, de la maternidad en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. Por lo que la cuestión a enjuiciar en cada caso debe ponerse en la limitación que toda persona con discapacidad psíquica tiene en relación con el hecho de su maternidad, y también, en la existencia de barreras que hacen que la madre con discapacidad psíquica restrinja su participación plena en todos los ámbitos de la vida social.

Consideramos que de la letra de la Convención se desprende el otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad.

Claro, que también hay que tener en cuenta que la Convención parece diferenciar dentro de la *discapacidad psíquica* entre *discapacidad intelectual* y *trastorno mental*, (cuando alude a deficiencias mentales o intelectuales). Hemos partido de la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también de sus circunstancias familiares y sociales. Y ahí, es donde el juzgador deberá afinar.

La cuestión que se suscita es la de la colisión entre la discapacidad de la madre, del padre o de ambos y el riesgo que corre el menor en quedar desprotegido y declarado por la autoridad en situación de desamparo como medida de protección en interés del menor. Puede ocurrir que los padres no puedan atender al menor pero no solicitan la guarda de la entidad pública por miedo a «perder» al menor.

Evidentemente, la obligación de los poderes públicos, y con carácter anticipatorio cuando conocen que los menores pueden correr riesgo de desamparo por cuestiones de discapacidad de los padres, se debe centrar en adoptar con carácter previo a que se produzca esta situación medidas sociales de apoyo o bien debería de acordarse la guarda administrativa aun sin la voluntad de los progenitores. Cuestión resuelta en el artículo 18, 2 párra 2.º de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, donde se establece que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Fruto de estas modificaciones y de la Convención se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un incipiente vuelco a la jurisprudencia anterior.

Así, la SAP de Málaga de 17 de febrero de 2016¹⁶ revocó la resolución administrativa de desamparo de menor, declarado por el *trastorno mental esquizo-frénico* de la madre que mantiene una actitud colaboradora cuyas limitaciones por razón de su enfermedad mental pueden ser corregidas con la medicación y adecuada vigilancia, considerándose irrelevante el hecho de haberse declarado el desamparo de otras dos hijas. Se ajusta esta doctrina a la plena aplicación del artículo 23.4 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, según el cual en ningún caso se separará un menor de sus padres en razón de la discapacidad del menor, de ambos padres, o de uno de ellos. Hay una armonización del precepto con el interés superior del menor, al acordarse el reintegro del mismo con la madre, pero imponiendo al mismo tiempo que la *Entidad Pública de Protección preste asistencia apropiada a la madre para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de su hijo*.

Evidentemente esto demuestra que la discapacidad de una madre no puede ser en principio el único motivo para declarar la situación de desamparo ni, en su caso, para privarla directamente de la patria potestad. Si los progenitores viven

separados y uno de ellos padece una discapacidad intelectual puede atribuirse la guarda al otro aunque sin privar de la patria potestad al que tiene discapacidad y estableciendo un régimen de visitas a su favor, pero también puede permitirse el mantenimiento de la potestad de guarda individual o compartida.

Otros supuestos son los que hasta ahora se refieren a la patria potestad prorrogada o rehabilitada de la hija que se convierte en madre. Ante la desaparición de tales figuras en el proyecto se tenderá a establecer dentro del sistema de apoyos la figura del guardador de hecho que recaerá en sus padres y posteriormente en familiares próximos (hermanos).

No cabe establecer con carácter general la privación de patria potestad de una madre discapacitada salvo en casos especialmente graves y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor; todo dependerá del supuesto concreto y de la red de apoyo con el que cuente la madre. Solo en última instancia, si esos recursos no son suficientes por la gravedad de la discapacidad, por falta de colaboración o por cualquier otro motivo y el interés del menor así lo exige, podrá llegarse a una decisión que implique separación pero que, al menos con carácter general, no tiene por qué suponer ruptura total de la relación materno-filial.

El cambio va a ser o debe ser radical y ello porque la Convención postula un *modelo de sociedad inclusiva* donde se respete la dignidad de todas las personas, la autonomía individual y la independencia, la participación, la inclusión plena y la igualdad de oportunidades, y donde se respete la diferencia, aceptando a las personas con discapacidad como parte de la diversidad. Deberán realizarse las modificaciones necesarias y adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de sus derechos, evitando así cualquier tipo de discriminación. La finalidad última consiste en *potenciar la discapacidad como un valor en sí mismo y no como algo negativo*.

Por consiguiente, *va a ser la sociedad la que deberá adaptarse a la discapacidad psíquica*. Si se necesitan apoyos de diversa magnitud, será el Estado, la sociedad quien remover todo obstáculo, y propiciar el apoyo necesario para conseguir el cumplimiento de los derechos fundamentales que nos asisten a todos por igual y sin discriminación alguna.

En consecuencia, deberá preverse para cada persona con discapacidad psíquica, qué asistencia o ayuda necesita para valerse por sí misma de la manera más autónoma posible. La curatela será el mecanismo genérico otorgado para potenciar su autodeterminación, y dentro de ella deberá adaptarse a las circunstancias de cada persona con el menor riesgo posible para ella y para su patrimonio. Siempre con las garantías necesarias para respetar sus derechos, su voluntad y sus preferencias de la persona, y, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida. Medidas sujetas a exámenes periódicos por una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Últimamente, la jurisprudencia no se pronunciado en relación con este tema.

A diferencia de la sentencia anteriormente indicada de la SAP de Málaga, la SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2017,¹⁷ (posterior en el tiempo a la primera) se refiere a una mujer que tiene reconocida una discapacidad psíquica del 46% por crisis convulsivas generalizadas por epilepsia y trastorno bipolar, y está diagnosticada de trastorno esquizoafectivo con inadecuada adherencia al tratamiento. Como madre cabe decir que está incurso en *una causa de privación de la patria potestad*, por lo que su hija fue declarada en desamparo y se acordó el acogimiento, manteniéndose la falta de idoneidad de la actora para asumir actualmente las funciones de la patria potestad respecto a su hija.

De ahí la necesidad de ver la situación caso por caso, y su estudio por el juzgador, siempre a la luz del contenido de la Convención y del proyecto en tramitación.

La SAP de Guipúzcoa, de 2 de mayo de 2017¹⁸ hace referencia a la discapacidad de Bartolomé y a la necesaria capacidad para contraer matrimonio con sus importantes efectos jurídicos. Analiza un supuesto de una persona con síndrome de Down con un retraso de grado moderado y con áreas particularmente deficitarias en la comprensión y enjuiciamiento de la realidad ello conlleva una falta de capacidad de la gestión ordinaria de su patrimonio, de otorgar testamento y de *contraer matrimonio*. Se trata de una patología de carácter irreversible sin posibilidad terapéutica que modifique su estado¹⁹.

Tras el examen realizado se concreta, como lo más procedente y adecuado para garantizar su protección, la «declaración judicial expresa con extensión de la incapacidad en el orden testamentario y a contraer matrimonio» ante la existencia de una *incapacidad para ejercer derechos personalísimos con efectos jurídicos, por ser una persona vulnerable y manipulable*, y al no existir posibilidad terapéutica que modifique su estado que además puede ser progresiva hacia un mayor deterioro a medida que cumpla años.

En esta sentencia se utiliza como argumento para establecer la incapacidad para ejercer derechos personalísimos que «si cualquier persona capacitada puede tomar decisiones erróneas, por contra tiene aptitud para afrontarlas, superarlas e incluso, si llega el caso, sufrirlas como experiencia que le permita evitarlas en el futuro, pero *cuando existe una limitación significativa de la capacidad se anula esa posibilidad de respuesta y reacción y, con ello, se genera un riesgo de perjuicio personal y patrimonial muy grave que se ha de corregir con las medidas de protección adecuadas*. Por todo lo cual... se hace extensiva la declaración de incapacidad a la gestión ordinaria de su patrimonio, otorgar testamento y contraer matrimonio».

La SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2019²⁰ se refiere a las salvaguardas para contraer matrimonio o comprometerse en unión de pareja estable. Se trata el tema de discapacidad y maternidad pero debido a las especiales circunstancias del caso concreto, se concluye que existe un *desequilibrio entre el derecho a la maternidad de la mujer con discapacidad y la desprotección que sufren sus hijos menores*.

La SAP de Granada de 14 de febrero de 2020,²¹ determina la discapacidad intelectual del 65 % de la madre y que, por mucho que quiere colaborar, no alcanza los objetivos de cuidado de los menores (y en la falta de aptitud de los padres para hacerse cargo de las obligaciones que les conciernen y que se consideraban ya suficientemente constatadas a lo largo del periodo comprendido entre 2013 y 2017, lo que ya ha de reputarse como un indicador de desamparo, con arreglo al artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor). Por ello concluye que «en caso de incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental, y que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen *será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar*, y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico».

La SAP de A Coruña de 14 de julio de 2020²², se refiere en general a un supuesto de *discapacidad con el apoyo de un curador*, y establece que «el adecuado

a la situación actual es el régimen de curatela que ya estableció la sentencia de febrero de 2019 y que, como destaca el Tribunal Supremo, se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el *ámbito personal* o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez... Consideramos, en definitiva, que no es procedente acordar la incapacitación total de la demandada ni su sometimiento a tutela, sin perjuicio del auxilio que la curadora, en cuanto acepte el cargo, pueda recabar para el desempeño adecuado y efectivo de la función, puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 CC).

VI. CONCLUSIONES

I. De la letra de la Convención se desprende el necesario otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para poder ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad. Derivado de ello la ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Fruto de estas modificaciones se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un *incipiente vuelco* a la jurisprudencia anterior, pero todavía muy pequeño. La SAP de Málaga de 17 de febrero de 2016, ha sido la pionera, pues revocó la resolución administrativa de desamparo de menor, declarado por el *trastorno mental esquizofrénico* de la madre quien mantiene una actitud colaboradora y cuyas limitaciones por razón de su enfermedad mental pueden ser corregidas con la medicación y adecuada vigilancia, considerándose irrelevante el hecho de haberse declarado el desamparo de otras dos hijas.

II. Ello implica que la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también de sus circunstancias familiares y sociales. Y ahí, es donde el juzgador deberá afinar.

La cuestión a enjuiciar en cada caso, debe ponerse en la limitación que toda persona con discapacidad psíquica tiene en relación con el hecho de su maternidad, pero también, en la existencia de barreras que hacen que la madre con discapacidad psíquica restrinja su participación plena en todos los ámbitos de la vida social.

Demuestra que *la discapacidad de una madre no puede ser en principio el único motivo para declarar la situación de desamparo ni, en su caso, para privarla directamente de la patria potestad.*

El proyecto no contempla los supuestos de *patria potestad prorrogada o rehabilitada* de la hija con discapacidad que se convierte en madre. En estos supuestos el sistema de apoyo será la figura del guardador de hecho que recaerá en sus padres y posteriormente en familiares próximos (hermanos).

La *red de apoyo* con que cuente la madre es esencial también para posibilitar el ejercicio de la maternidad. No cabe establecer con carácter general la privación de patria potestad de una madre discapacitada salvo en casos especialmente graves y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

En última instancia, ante la gravedad de la discapacidad, o falta de colaboración o red de apoyo, o por cualquier otro motivo y el interés del menor así lo

exige, podrá llegarse a una decisión que implique separación pero que, al menos con carácter general, no tiene por qué suponer ruptura total de la relación materno-filial.

III. *El cambio propiciado por el proyecto es radical* y ello porque la Convención postula un *modelo de sociedad inclusiva* donde se respete la dignidad de todas las personas, la autonomía individual y la independencia. Por consiguiente, *va a ser la sociedad la que deberá adaptarse a la discapacidad psíquica*.

Deberá preverse para cada persona con discapacidad psíquica, qué asistencia o ayuda necesita para valerse por sí misma de la manera más autónoma posible. La *curatela* será el mecanismo genérico otorgado para potenciar su autodeterminación, y dentro de ella deberá adaptarse a las circunstancias de cada persona y que pueda ejercer su maternidad.

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006
- Constitución española
- Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 1/1996 de protección jurídica del menor

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 465/2019 de 17 de septiembre de 2019, Rec. 5199/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. (La Ley 133919/2019). ECLI: ES:TS:2019:2820
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 596/2017 de 8 de noviembre de 2017, Rec. 240/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 158992/2017). ECLI: ES:TS:2017:3925.
- STS Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio de 2014, Rec. 1365/2012. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (la Ley 95244/2014). ECLI: ES:TS:2014:3168
- SAP de A Coruña, Sección 4.^a, Sentencia 301/2020 de 14 de julio de 2020, Rec. 275/2020. Ponente: Pablo Sócrates GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN. (La Ley 99190/2020). ECLI: ES:APC:2020:1499
- SAP de Granada, Sección 5.^a, Sentencia 55/2020 de 14 de febrero de 2020, Rec. 232/2019. Ponente: Francisco SÁNCHEZ GÁLVEZ. (La Ley 79656/2020). ECLI: ES:APGR:2020:358
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 597/2019 de 25 de septiembre de 2019, Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 148849/2019). ECLI: ES:APB:2019:11742

IX. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA RUBIO, M.P., 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, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018, 173-197.
- Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 29-60.
- Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, en *Revista de Derecho Privado*, vol. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- PALACIOS GONZÁLEZ, D., Discapacidad psíquica y maternidad, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).
- Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria, en *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, octubre de 2014, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 5728/2014).
- PAU, A., El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad, en *Revista de Derecho Privado*, V. VII, núm. 1, (enero-marzo de 2020). ISSN 2341-2216, Estudios, 3-29. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 5-28.
- SOLÉ RESINA, J., La esterilización no consentida de personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Persona y derechos. A fondo, mayo de 2019, Wolters Kluwer). La Ley 6952/2019.

NOTAS

¹ La *discapacidad psíquica* se manifiesta por alteraciones en el desarrollo intelectual o por enfermedad mental de la persona, que pueden interferir en sus relaciones con los demás y en su adaptación a diversas situaciones y entornos.

Dentro de discapacidad psíquica hemos diferenciado entre: *Discapacidad intelectual* y *Discapacidad por enfermedad mental*.

La *discapacidad intelectual* se puede encontrar en diferentes tipos y grados según afecte a las funciones y capacidades de la persona con esta discapacidad, y según como influya en su desarrollo intelectual para adquirir nuevos conocimientos, retenerlos, adaptarse a situaciones, memorizar y recordar datos y tareas, entender textos o conversaciones, entre muchos otros rasgos.

La *discapacidad por enfermedad mental* se debe a alteraciones de la salud mental que pueden provocar diversas situaciones en las que el individuo tiene dificultad para controlarse solo ante ciertas situaciones o momentos de su vida, y por ello puede necesitar tratamiento y seguimiento de un profesional, para poder normalizar su situación y recuperar sus capacidades. Un trastorno o alteración mental no tiene por qué mermar la capacidad intelectual o el grado de cociente intelectual de la persona que la padece. <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/psiquica/introduccion>

² Puesto de manifiesto por GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Algunas propuestas de reforma, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 173-197.

³ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 29-60.

⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805 se refiere a tras la declaración de incapacidad parcial, la institución que más se adecua a las limitaciones de la demandada es la curatela. Y señala que «en aras del *interés superior de la discapaz* no procede nombrar a su hermano como curador, aunque haya sido designado como tal por la persona sometida a protección. Depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia. No hay seguridad de que se salvaguarden los derechos de la demandada bajo su cuidado. Se designa como curador a la institución nombrada tutora en la sentencia recurrida». Al entender que «lo que estima ese interés superior, considerando que «no es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de 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 su cuidado». Pero como hemos señalado no parece que la Convención establezca la necesidad de basarse en el interés superior del discapaz.

El Tribunal Supremo, ha aplicado ese criterio en varias sentencias. Por ejemplo en la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017). ECLI: ES:TS:2017:1335 que tras declarar la incapacitación parcial del demandado, apunta a que sigue siendo titular de sus derechos fundamentales. Padece un trastorno límite de la personalidad, con rasgos impulsivos y antisociales, y precisa de tratamiento psiquiátrico continuado. (La medida de apoyo que se establece es beneficiosa para el paciente, que tiene dificultades de autogobierno en situaciones que le frustran. Pero no ha quedado acreditado ese déficit de autogobierno en el ámbito económico, ni que precise de apoyo, debiendo presumirse su capacidad para administrar sus bienes. Se confirma el nombramiento de su hermana como curador. No es beneficioso que lo sea su padre por las relaciones tensas que mantienen, lo que dificultaría el control del progenitor en los apoyos necesarios, ni su madre por el extraordinario desgaste físico y mental que le suponen las cuestiones relacionadas con su hijo). Lo que nos interesa es que alude al «siempre en atención al *interés más relevante*, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla», citando sentencias anteriores como la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio de 2014, Rec. 1365/2012. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (la Ley 95244/2014). ECLI: ES:TS:2014:3168, y la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.

También la jurisprudencia ha seguido el criterio del «interés superior», «interés que se encuentra por encima de cualquier otro» (en las STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 596/2017 de 8 de noviembre de 2017, Rec. 240/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 158992/2017). ECLI: ES:TS:2017:3925 que declara la incapacitación del demandado para regir su persona y bienes por tener sus funciones cognitivas superiores y ejecutivas severamente afectadas. No puede tomar por sí mismo decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni tampoco con el apoyo de otras personas. Sometido al régimen de tutela, se designa como tutora a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid. No se accede a la solicitud del demandado de designar a quien ha estado cuidándole y atendiéndole durante años. Debe primar el *superior interés* del declarado incapaz, que seguirá residiendo en su domicilio).

Todos estos casos tienen en común que se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 465/2019 de 17 de septiembre de 2019, Rec. 5199/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. (La Ley 133919/2019).

ECLI: ES:TS:2019:2820, que entiende que la Audiencia no justifica las razones por las que prescinde de la voluntad de la declarada incapaz a la hora de designar a su tutor, mantiene que «el *interés superior de la discapacitada* requiera la desvinculación de su exteriorizada voluntad en el testamento por esta otorgado exige un plus reforzado de motivación. No es suficiente para prescindir de esta voluntad expresada en documento público notarial el conflicto existente entre sus hijos si no trasciende en contra *del interés de la tutelada*».

En sentido contrario se encuentra el Código civil catalán que en el artículo 221-1 pone en primer plano el «interés», («Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos...»).

⁵ Los números de los artículos citados en el texto se corresponde al proyecto presentado ante la cámara del Congreso.

«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*».

⁶ «El Juez podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, *atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera*».

⁷ GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 29-60.

⁸ Artículo 282. El curador tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia. Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida. El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

⁹ *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 5-28.

¹⁰ Como dice la STS de 20 de octubre de 2014 —y su razonamiento sobre la rehabilitación de la patria potestad vale también para la prórroga de la patria potestad— «la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad [...] se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar la capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS de 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre de 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia».

¹¹ PAU PEDRÓN, Antonio: El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), Estudios, 3-29.

¹² *Vid.* exposición de motivos: «El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta».

¹³ Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención

especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.

¹⁴ El 7 de diciembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó, a iniciativa de la vicepresidenta del Gobierno, ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Carmen Calvo, el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución, relativo a los derechos de las personas con discapacidad. Esta iniciativa del Gobierno ha partido de la propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad del Congreso de los Diputados y ha contado con la participación del movimiento de la discapacidad, organizado en torno al CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad).

Con esta reforma, el artículo 49 CE se actualiza para adaptarlo a la Convención, modificándose su *terminología* para referirse al colectivo de las personas con discapacidad (desaparece el término «disminuidos» y se sustituye por «personas con discapacidad»), reformándose la *estructura* del artículo (en cuatro apartados, cada uno de los cuales refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad), y modificándose el *contenido*, para adaptarlo a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora. Se enfatizan los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales. Además, fija los objetivos que deben *orientar la acción positiva de los poderes públicos como son su plena autonomía personal y su inclusión social*, políticas que deberán respetar siempre la libertad de elección y preferencias del colectivo.

También se hace una *mención expresa a la atención específica de las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad* y consagra el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad, para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a toda la ciudadanía.

¹⁵ PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: Discapacidad psíquica y maternidad, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).

¹⁶ SAP de Málaga, Sección 6.^a, Sentencia 105/2016 de 17 de febrero de 2016, Rec. 1064/2015. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 28952/2016).

¹⁷ SAP de Valencia, Sección 10.^a, Sentencia 1049/2017 de 29 de noviembre de 2017, Rec. 910/2017. Ponente: Ana Vega PONS-FUSTER OLIVERA. (La Ley 216432/2017). ECLI: ES:APV:2017:4335.

¹⁸ SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, Sentencia 79/2017 de 2 de mayo de 2017, Rec. 3047/2017. Ponente: María del Carmen BILDARRAZ ALZURI. (La Ley 205734/2017). ECLI: ES:APSS:2017:942.

¹⁹ En cuanto a los efectos de su incapacitación en el aspecto de la «persona» y de la toma de decisiones sobre su vida personal, la cuestión se centra en la capacidad para la toma de decisiones personales más complejas que precisan de un mayor proceso reflexivo y de conocimiento de su contenido y consecuencias como: guarda y custodia, adopción, paternidad, otorgar testamento, o tomar decisiones en temas médicos de importancia (emisión del consentimiento informado).

En resumen, lo que se concluye de lo actuado es que si Bartolomé es capaz de realizar actividades sencillas en el entorno supervisado en el que se desenvuelve, como el aseo, vestido, alimentación, o desplazamiento en lugares conocidos, y ello con necesidad de entrenamiento por el riesgo de olvido y que además carece de capacidad para enfrentarse a situaciones que requieran una cierta autodeterminación; pero no de gobernar otros aspectos más complejos de la vida como puedan ser disposiciones del tipo de otorgar testamento o contraer matrimonio al presentar importantes limitaciones en conocer y prever las consecuencias de los mismos.

Llegados a este punto, y dada la remisión que en el Fallo de la resolución recurrida se realiza a las normas específicas que regulan el testamento y el matrimonio y que debe entenderse justifican el pronunciamiento que mantiene la capacidad de Bartolomé para tales actos, diremos que otorgar testamento (art. 670 CC) y contraer matrimonio (arts. 46 y 56.2 CC) en cuanto actos personalísimos no pueden quedar confiados al tutor o en los supuestos de rehabilitación de la patria potestad al progenitor ó progenitores, y si la declaración judicial de incapacidad no implica per se incapacidad de la persona afectada para testar (el art. 663.2

CC únicamente considera incapacitados para testar al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio y el art. 665 CC indica «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizara sino cuándo estos respondan de su capacidad») o para contraer matrimonio (el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que «si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento», y artículo 171, párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio), una armónica interpretación de dichas normas con el criterio restrictivo de las limitaciones de los derechos fundamentales, conduce a que el no planteamiento de unas tales limitaciones debe hacerse en los supuestos en que la propia patología es de tal naturaleza que no permite descartar, cara al futuro, el juicio cognitivo necesario para dichos actos, para prestar consentimiento libre y voluntario.

²⁰ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 597/2019 de 25 de septiembre de 2019, Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 148849/2019). ECLI: ES:APB:2019:11742.

²¹ SAP de Granada, Sección 5.^a, Sentencia 55/2020 de 14 de febrero de 2020, Rec. 232/2019. Ponente: Francisco SÁNCHEZ GÁLVEZ. (La Ley 79656/2020). ECLI: ES:APGR:2020:358.

²² SAP de A Coruña, Sección 4.^a, Sentencia 301/2020 de 14 de julio de 2020, Rec. 275/2020. Ponente: Pablo Sócrates GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN. (La Ley 99190/2020). ECLI: ES:APC:2020:1499.

1.2. Derecho de Familia

Beneficios, dividendos, reservas sociales y liquidación de la sociedad de gananciales

Benefits, dividends and social reserves and liquidation of conjugal society

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La cuestión controvertida relativa a determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges y ante la disolución de la comunidad de gananciales, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o participe por las ganancias sociales no repartidas. Ello ha generado diversidad de criterios en el seno de nuestras Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo en Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020 resuelve la cuestión, unificando doctrina y opta por la no inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. Sin embargo, en Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de junio de 2020 parece operar en sentido contrario; si bien, existe un matiz diferenciador que, justifica ese trato dispar de la materia. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la citada cuestión controvertida, la doctrina jurisprudencial adoptada al efecto por nuestro Tribunal Supremo y un juicio crítico de la misma.

SUMMARY: The question at issue concerning the determination of the nature of the joint proceeds of a capital Company of which on the spouses is a member and the dissolution of the conjugal community, exists a credit claim against the shares holders spouse in undistributed social earnings. This has generated a diversity of views in the scope of our Provincial Courts. The Supreme Court in judgment of the Plenary of the Civil Chamber of 3 February 2020 decides the question unifying doctrine ant opting for the non-inclusion of the benefits destined to reserves in the asset of the conjugal society. However in the judgment of the same High Court and Chamber of 15 June 2020, it seems to operate in the opposite direction, although there is a differential deal, that justifies this disparate treatment of the matter. The present study is centre of the analysis of the aforementioned controversial issue, the jurisprudence adopted for this purpose by our Supreme Court and a critical judgment of it.

PALABRAS CLAVE: Beneficios. Reservas. Dividendos. Fraude de derecho. Sociedad de gananciales. Sociedad de capital. Acciones. Participaciones sociales. Bienes privativos y gananciales. Cónyuges.

KEY WORDS: Benefits. Reserves. Dividends. Legal fraud. Conjugal society. Capital companies. Shares. Shares capital companies. Private and community property. Spouses.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ACCIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES.—III. INCREMENTOS PATRIMONIALES Y ACTIVIDAD PROFESIONAL Y EMPRESARIAL.—IV. LA GESTIÓN INDIVIDUAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1381 DEL CÓDIGO CIVIL. DISPOSICIÓN DE LOS FONDOS Y DE LAS GANANCIAS DE LOS BIENES PROPIOS DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES.—V. USUFRUCTO DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES: 1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE FEBRERO DE 2020.—VI. LA EJECUCIÓN POR UN CÓNYUGE DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DE ACTOS FRAUDULENTOS.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 1315 del Código civil establece que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código». A falta de capitulaciones o, si estas son ineficaces, será el de sociedad de gananciales. Por tanto, los cónyuges pueden pactar en los capítulos cualesquiera de los regímenes legales que prevé nuestro derecho y si no se pactan nada o las capitulaciones son ineficaces, se fija como régimen legal supletorio de primer grado el de sociedad de gananciales¹. De todas formas, también se prevé un régimen supletorio de segundo grado —el de separación de bienes— para los casos en los que los cónyuges no han pactado un régimen determinado y no resulta aplicable el régimen de gananciales. Así si se ha acordado la exclusión del régimen de gananciales (art. 1435.2 CC), o si se ha extinguido el régimen preexistente, ya sea el de gananciales o el de participación, pero el matrimonio subsiste y los cónyuges no han pactado ningún régimen legal (arts. 1345.3, 1373 y 1374 CC)².

Ahora bien, los cónyuges pueden no solo acordar su régimen económico matrimonial sino que también pueden modificarlo en cualquier momento. Así lo dispone el artículo 1325 del Código civil. Tales cambios no perjudican los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 CC).

Operando sobre el régimen legal de gananciales, el artículo 1344 del Código civil señala que «mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos que, les será atribuidos por mitad al disolverse aquella». La primera consecuencia de este precepto es que hay tres masas patrimoniales —patrimonio común y patrimonios privativos de ambos cónyuges—, que entre ellas se pueden dar desplazamientos patrimoniales que exigen el restablecimiento del equilibrio entre los mismos mediante el mecanismo de la subrogación real y el sistema de reintegros y reembolsos. Asimismo, además de los bienes comunes o gananciales, una vez finalizado el régimen se procede a la liquidación del patrimonio común por mitad entre los cónyuges, por lo que las ganancias o beneficios se atribuirán por mitad³.

Sin entrar por razones de espacio en el debate de la naturaleza de la sociedad de gananciales que, mientras para unos es una sociedad civil⁴, para otros, mayoritariamente, se trata de una comunidad germánica⁵, o se entiende que estamos ante un ente jurídico híbrido producto de la fusión entre comunidad y sociedad⁶; aunque todos coinciden en que carece de personalidad jurídica⁷, indicar que, comienza en el momento de celebración del matrimonio o posteriormente al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales. También puede comenzar la sociedad de gananciales en virtud de lo previsto en el artículo 1374 del Código civil, esto es, mediante la opción que tiene el cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales por las deudas privativas del otro cónyuge (art. 1373 CC), acordar en el plazo de tres meses en documento público el comienzo de una nueva sociedad de gananciales⁸. En todo caso, pese a los términos del citado artículo 1345 del Código civil puede admitirse la posibilidad que los cónyuges convengan someter a condición o término el nacimiento de la sociedad de gananciales⁹.

Como hemos indicado en líneas precedentes, hay tres masas patrimoniales: dos privativas y una común que pertenece a ambos cónyuges. Con carácter general son bienes privativos los que se concretan en el artículo 1346 del Código civil: 1. Los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al comenzar la sociedad¹⁰. Si se trata de bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio se satisfaga con dinero ganancial (art. 1357.1); y, tratándose de vivienda o ajuar familiar, corresponde en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas por aplicación del artículo 1354 al que remite el artículo 1357.II; 2. Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges después de comenzar la sociedad por título gratuito —donación o por sucesión *mortis causa*—. Si bien, el artículo 1353 del Código civil dispone que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entienden gananciales, siempre que la liberalidad sea aceptada por ambos y el donante o testador no haya dispuesto lo contrario¹¹. De no operar este precepto, los bienes donados o dejados en herencia pertenecerían en *pro indiviso* a ambos cónyuges; 3. Los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos —subrogación real—; 4. Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, si se han adquirido con fondos comunes (art. 1346 apartado 2); 5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; 6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges y a sus bienes privativos. El fundamento de este supuesto como el anterior descansa en la vinculación a la persona a la que pertenecen tales bienes o derechos y en cuyo patrimonio se integran¹²; 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Ahora bien, si tales instrumentos se adquieren con fondos comunes, sigue siendo privativos, pero «la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho», al igual que, respecto a los bienes adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges (art. 1346 apartado segundo). Asimismo, son bienes privativos «el derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges», siendo, en cambio, ganancial los frutos, pensiones e

intereses devengados durante el matrimonio (art. 1349). Igualmente, se considera privativo la cantidad o crédito pagadero en un número de años, cuyas sumas se cobren a plazos vencidos durante el matrimonio (art. 1348). En fin, son también privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos; y las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. No obstante, si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho (art. 1352).

Relacionado con esto último se ha planteado como cuestión controvertida determinar el carácter ganancial de los beneficios destinados a reserva por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges y, por lo tanto, si una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipes por las ganancias sociales no repartidas.

Las Audiencias Provinciales se encuentran divididas en torno a la solución de tal cuestión. Así a favor de la postura que, considera que la sociedad de gananciales ostenta un derecho de crédito por las reservas constituidas, mientras dura el matrimonio frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Esto es la sociedad de gananciales tiene un derecho de participación en las reservas societarias que, se fundamenta en la consideración que, los beneficios destinados a reservas son ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecientes al patrimonio común, siendo de aplicación por analogía el tratamiento jurídico que el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital —Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC)— que, da al usufructo de acciones participaciones sociales, atribuyendo la posición de usufructuario al patrimonio común y la de nudo propietario al cónyuge titular. Además del artículo 1352, se acude a la aplicación del artículo 1381 del Código civil al considerar que las reservas voluntarias forman parte de los frutos y ganancias del patrimonio privativo que, se integran en la sociedad de gananciales y se traduce en un reembolso a cargo del cónyuge participante en la sociedad mercantil en el caso en que no sea posible la distribución de tales beneficios (reservas) por haberse transformado en capital. También se toma en consideración al artículo 1360 del citado cuerpo legal al regular los beneficios destinados a reservas como incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

En sentido distinto, se manifiestan aquellas resoluciones que operan en contra de la inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. Partidario de esta última posición se muestra el Pleno de la Sala de lo Civil, en Sentencia de 3 de febrero de 2020¹³ al considerar que los beneficios destinados a reservas en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, están sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales, no tiene la consideración de frutos a diferencia de los dividendos de acciones o participaciones privativas, cuyo reparto se acuerde en Junta General de socios, al igual que, se adopte acuerdo de reparto de los beneficios vigente la sociedad de gananciales, teniendo ambos la consideración de gananciales, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de aquella. En todo caso, podrán reputarse gananciales y como tales incluirlos en las operaciones liquidatorias del haber común, los beneficios no repartidos en los supuestos de fraude de ley (arts. 1390 y 1391 CC).

II. ACCIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

El artículo 1352 del Código civil considera privativas las nuevas acciones o participaciones sociales suscritas como consecuencia del ejercicio del derecho societario de suscripción preferente inherente a la titularidad de acciones o participaciones privativas. Como señala REBOLLEDO VARELA constituye una excepción a la aplicación del principio de subrogación real de la calificación ganancial o privativa de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal¹⁴; y su fundamento centrado «en la atribución de lo adquirido del mismo carácter de los títulos originarios»¹⁵.

Ahora bien, no se plantea en el mismo el carácter ganancial que al amparo del artículo 1347.2 del Código civil corresponde a los dividendos sociales devengados vigente el consorcio, al ostentar tal condición jurídica «los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales»¹⁶. Tampoco se duda de que son privativas las acciones o participaciones sociales que correspondan a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las que adquiera después por título gratuito (arts. 1346.1 y 2 CC), las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir¹⁷. Solo si para el ejercicio del derecho de suscripción, se utilizasen bienes gananciales o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, como indica el último párrafo del artículo 1352 del Código civil. Por su parte, tendrán carácter ganancial, las acciones o participaciones sociales adquiridos a título oneroso a costa del caudal común constante la sociedad de gananciales, bien se hiciese la adquisición para la comunidad o para uno solo de los esposos (art. 1347.3 CC)¹⁸. Asimismo, tendrán carácter ganancial las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 del Código civil.

En todo caso, tendrá naturaleza privativa la empresa y establecimiento mercantil (sociedad) que, se constituye antes como constante la sociedad de gananciales con aportación de dinero privativo por parte de uno de los cónyuges, aunque las acciones o los títulos y las participaciones sociales aparezcan a nombre de ambos cónyuges (bajo su titularidad formal). Igualmente, el negocio o la empresa fundada por uno de los cónyuges, una vez producida su separación conyugal, es privativa¹⁹. Lo cierto es que, si no se prueba la procedencia privativa de los fondos empleados para su constitución o, la eventual adquisición de la sociedad de capital, se presume su naturaleza ganancial sobre la base de lo establecido en el artículo 1361 del Código civil²⁰.

Ahora bien, el cónyuge socio únicamente cuenta con un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que no se transforma en uno concreto hasta que existe un acuerdo de la Junta que ordena el reparto de dividendos en el legítimo ámbito de sus atribuciones (arts. 160 y 273 del TRLSC), permaneciendo mientras tanto los beneficios obtenidos en el patrimonio social, dando lugar al oportuno asiento contable, que goza de la correspondiente publicidad registral mediante el depósito anual de cuentas²¹. Estos dividendos se perciben como gananciales mientras dure la sociedad de gananciales, no así si se aprueban tras su disolución. Igualmente, se perciben si se ha acordado su reparto constante la sociedad, aunque se proceda a su abono en el momento de su disolución y liquidación²². Mientras que, por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones

de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos de capital y tendrán la naturaleza del capital con el que se efectuaron; por lo que, serán privativos, si dicho capital tiene tal carácter. Si se emplease dinero ganancial, deberá reembolsarse dicha cantidad a la sociedad de gananciales (art. 1352 CC).

En este contexto, el supuesto concreto del que parte el artículo 1352 del Código civil es que la adquisición de las acciones y participaciones sociales se realiza en base a un derecho de suscripción preferente; derecho derivado de acciones, títulos o participaciones sociales de carácter privativo. Por tanto, el ámbito de aplicación material de la norma descansa en la adquisición de nuevas acciones o participaciones sociales mediante el ejercicio de un derecho de suscripción de acciones o participaciones sociales de naturaleza privativa con fondos privativos, pues, de emplear fondos gananciales, se genera un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal²³. No obstante, precisa SERRANO FERNÁNDEZ que, aunque el citado artículo 1352 del Código civil considera privativo el derecho de suscripción preferente que otorga la legislación mercantil, nada impide aplicar el precepto a otros pactos societarios similares «existentes en cuantas sociedades civiles o mercantiles regulares o no pudieran constituirse por voluntad de los interesados, dada la amplitud de la definición legal que integra acciones o participaciones y otros títulos, de modo que si un derecho de suscripción aparece estipulado en un contrato de sociedad de naturaleza privativa o ganancial se definirá conforme a esas reglas»²⁴.

Sobre tales bases, procede señalar que, para la operatividad del artículo 1352 del Código civil se requiere por un lado que, el cónyuge titular de las acciones, títulos y participaciones sociales respecto de los que se ejerce el derecho de suscripción preferente pruebe su carácter privativo; pues, de no probar tal carácter, se estimará la naturaleza ganancial de tales acciones y participaciones sociales y de las nuevas adquiridas en base a la mencionada presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. Y, por otro, que no basta con probar la naturaleza privativa de las nuevas acciones y participaciones sociales, sino que además resulta necesario demostrar que la adquisición de las mismas son consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente; pues, la falta de prueba y la procedencia ganancial de los fondos, determina, precisamente, el carácter común de aquellas nuevas acciones y participaciones sociales²⁵.

Por otra parte, como acertadamente señala REBOLLEDO VARELA «el artículo 1352 del Código civil no tiene carácter imperativo, por lo que los cónyuges, de conformidad con los artículos 1323 y 1355 del Código civil, pueden atribuirle carácter ganancial a las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales, aun cuando su adquisición se haya fundamentado en un derecho de suscripción preferente de carácter privativo, o, a la inversa, atribuirle carácter privativo a lo que en otro caso sería ganancial, pues aunque ello no constituye el supuesto del artículo 1355 del Código civil la atribución voluntaria de la privatividad es admitida con carácter general dentro del principio de libertad de contratación y transmisión de bienes y derechos entre cónyuges que recoge el artículo 1323 del Código civil»²⁶.

Ahora bien, si el socio titular de las acciones y participaciones sociales opta por enajenar el derecho de suscripción preferente, las cantidades obtenidas serán privativas por vía de subrogación real al ocupar el lugar de las nuevas acciones o participaciones de haberse ejercitado tal derecho de suscripción preferente²⁷. Precisa PRETEL SERRANO «la solución es coherente con la idea que el derecho de suscripción preferente no es un fruto, y por lo tanto, no puede considerarse nunca ganancial»²⁸.

Como hemos señalado, si para la adquisición de las nuevas acciones, títulos y participaciones sociales se emplease dinero ganancial, existe un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal que, como indica SERRANO FERNÁNDEZ «para algunos autores equivale al valor actualizado de las acciones adquiridas y para otro el valor de su cotización en bolsa»²⁹.

Asimismo, opera el reembolso del valor si la suscripción de los nuevos títulos se realiza cuando se acuerda una ampliación de capital con derecho de suscripción con cargo a beneficios, el cónyuge titular de las acciones y participaciones sociales privativas hace uso de tal derecho. Se trata de beneficios obtenidos por la sociedad y no repartidos entre los socios, pues de haberlo hecho serían frutos de bienes privativos y por tanto, bienes gananciales (art. 1347.2 CC)³⁰.

No obstante, cabe preguntarse qué sucede con los beneficios no repartidos y las reservas si se disuelve y liquida la sociedad de gananciales sin que se haya acordado el reparto de dividendos, ni el derecho de suscripción de nuevos títulos. Se consideran gananciales o privativos, y si se opta por su calificación de ganancial forman parte del activo en la formación del inventario al liquidar la sociedad.

Precisamente, a ello da respuesta la mencionada Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 3 de febrero de 2020 que, analizaremos; si bien, antes nos parece oportuno tratar el alcance de los artículos 1360 y 1381 del Código civil; y la regulación que ofrece el TRLSC en relación con el usufructo de acciones o participaciones sociales ante una eventual aplicación analógica para resolver esta cuestión que, anticipamos, nuestro Tribunal Supremo se muestra contrario a ello.

III. INCREMENTOS PATRIMONIALES Y ACTIVIDAD PROFESIONAL Y EMPRESARIAL

El artículo 1360 del Código civil supone una particularización del artículo 1359 en relación con una explotación, establecimiento mercantil o cualquier género de empresa, será agrícola, industrial o mercantil, de carácter privativo o ganancial, aunque puede tener carácter mixto —si se han empleado en su constitución fondos privativos y comunes—, siendo indiferente la forma societaria por la que se opte, en la que se han podido invertir fondos que, no se corresponde con la propia naturaleza de aquellas³¹. La constitución de tal explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa puede tener lugar antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales con fondos privativos; pues, de invertir fondos comunes en su creación, tendrá carácter ganancial (art. 1347.5 CC)³². Como regla general, las mejoras o incrementos de valor que, pueden tener lugar tanto en los bienes privativos como gananciales, tendrán la misma naturaleza que los bienes mejorados o revalorizados³³. En todo caso, las mejoras que se incorporan a la empresa, explotación o establecimiento mercantil supone un aumento de valor de la misma, con lo que en virtud de la remisión, que hace al artículo 1359, tendrá el mismo tratamiento que, este precepto da a las mejoras que, se realizan en bienes comunes empleando fondos privativos; o las que se incorporan a los bienes privativos debida a la inversión de fondos comunes y la actividad o el trabajo de cualquiera de los cónyuges³⁴. Por lo que, en relación con este último tipo de mejoras, el patrimonio ganancial tendrá derecho no al reembolso de los fondos empleados, sino al aumento de valor que los bienes mejorados tengan como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales o la venta de tales bienes mejorados; y en relación

con las mejoras citadas en primer lugar, el patrimonio privativo tendrá derecho a recuperar los fondos que se invirtieron en ella atendiendo a su valor actualizado³⁵.

Ahora bien, mientras el citado artículo 1359 del Código civil se refiere a edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en bienes gananciales o privativos; el artículo 1360 del citado cuerpo legal menciona los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa. Si tales incrementos patrimoniales o mejoras realizadas con bienes gananciales en una empresa privativa de un cónyuge responden a un acto de explotación ordinaria o regular de los negocios, no habrá lugar de reembolso por el valor satisfecho a favor de la sociedad de gananciales; sin embargo, si las mejoras o incrementos no tienen dicha calificación, sino que fueran actos extraordinarios cuya finalidad sea mejorar la situación patrimonial de la empresa, la explotación o establecimiento mercantil será acreedora del aumento de valor, de la plusvalía que generen tales entidades, consecuencia de tal mejora o incremento patrimonial³⁶. En todo caso, como señala SERRANO FERNÁNDEZ se puede plantear «si la sociedad podrá reclamar no el aumento de valor de los bienes, sino el mero reembolso del valor satisfecho».

Por su parte, indica REBOLLEDO VARELA que «si a la disolución del régimen económico de la empresa o establecimiento tiene un valor inferior a los fondos utilizados e incluso que haya desaparecido; (...) el importe utilizado debidamente actualizado debe funcionar como mínimos derechos de reembolso, tanto en relación con los bienes gananciales como privativos»³⁷.

En fin, se ha considerado que los artículos 1359 y 1360 del Código civil tiene, igual aplicación, cuando el bien privativo o ganancial es propiedad del cónyuge como cuando tiene otro derecho —por ejemplo, la cuota en un condominio—. Y, asimismo, como precisa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, tratándose de empresas «cuando el bien privativo o ganancial, consiste en acciones o participaciones sociales. Si estas son privativas, la sociedad de gananciales tiene derecho a los incrementos de valor experimentados por las acciones participaciones, que corresponde a los beneficios de la explotación integrados en esta durante la sociedad de gananciales»³⁸.

IV. LA GESTIÓN INDIVIDUAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1381 DEL CÓDIGO CIVIL. DISPOSICIÓN DE LOS FONDOS Y DE LAS GANANCIAS DE LOS BIENES PROPIOS DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES.

El inciso primero del artículo 1381 del Código civil se refiere a los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y a las ganancias de cualquiera de los cónyuges. Entiende que forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales (arts. 1318 y 1362 CC). Supone una reiteración de lo dispuesto en el artículo 1347.1 y 2 del citado cuerpo legal, pues son bienes gananciales tanto los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges como los frutos, rentas e intereses que produzcan tanto los bienes privativos como gananciales³⁹.

La particularidad del mencionado artículo 1381 reside en su inciso segundo, que permite a cada cónyuge como administrador de su patrimonio privativo el poder disponer de los frutos y productos que produce tal patrimonio. Se trata de un acto de gestión individual, limitada a los frutos y productos de sus bienes privativos. Por lo que, en su condición de administrador y a los solos efectos de

esa administración tendrá legitimación para disponer unilateralmente de ellos⁴⁰. En realidad, se puede señalar que, el primer inciso del artículo 1381 del Código civil no tiene relación con la gestión del patrimonio ganancial ni la disposición de frutos de los bienes privativos y «los actos de disposición deben estar dirigidos a evitar el perjuicio de los frutos de los bienes privativos, en el entendido que una vez realizados el resultado patrimonial de ellos, ha de integrarse en la masa ganancial»⁴¹.

Supone una excepción al principio de cogestión que establece el artículo 1375 del Código civil en relación con los bienes gananciales y a la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes comunes. No obstante, el alcance de dicha excepción parece recaer solo sobre los frutos y productos generados por los bienes privativos, no respecto de los rendimientos obtenidos por el cónyuge por su trabajo e industria⁴². Si bien, como precisa LACRUZ BERDEJO «no abarca todas las posibilidades que tiene cada cónyuge de disponer de sus ingresos y rentas. Incluso cuando se trata de beneficios o ingresos líquidos que han adquirido ya carácter ganancial, el cónyuge que los obtiene puede disponer de ellos en provecho propio, sin licencia ni cooperación del otro, en uso del derecho a satisfacer con autonomía aquellas necesidades suyas que sean carga de la comunidad. Quedando deudor al consorcio, en cambio, por aquellos actos personales que, por excesivos e injustificados, no son carga del consorcio»⁴³.

Ciertamente, el cónyuge está legitimado para disponer de los frutos y productos a los solos efectos de su administración, lo cual supone que la disposición de los mismos solo será válida a los fines de administrar sus bienes y en todo caso destinarlos a la mejora de sus bienes privativos o para el desempeño ordinario de su profesión u oficio⁴⁴. Legitimación que no obsta, como indica REBOLLEDO VARELA a que ello «implique un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales en los términos del párrafo 2 del artículo 1359 del Código civil, salvo que las mejoras repercutan directamente no tanto en la revalorización del bien, sino en su mayor productividad o rendimiento económico, con beneficio de la sociedad de gananciales (art. 1347.2 CC), siempre con la posibilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, del artículo 1390»⁴⁵.

En este contexto, la percepción de frutos y ganancias de los patrimonios privativos por cada cónyuge forma parte de la gestión diligente de los bienes propios; lo que, representa además de un derecho, una obligación de obtener beneficios de la administración del patrimonio privativo. De no operar así, y en consecuencia tal acto de administración o disposición realizado por uno de los cónyuges, hubiera reportado un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado un daño a la sociedad, será sancionado con la devolución del importe de los frutos consumidos (art. 1390 CC), o en su caso con la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393 CC)⁴⁶.

En fin, este acto de administración o de disposición realizado conforme lo dispuesto en el artículo 1381 tendrá efectos no solo en la esfera interna —ente los cónyuges—, sino también frente a terceros⁴⁷.

Ahora bien, como manifiesta MARTÍNEZ DE AGUIRRE «los artículos 1381 y 1382 del Código civil construye un primer ámbito de gestión individual relacionado con la administración del patrimonio privativo de cada cónyuge y con el ejercicio de su profesión». Además ambos preceptos «evitan la paralización tanto de la administración de sus bienes como del ejercicio de su profesión que podría derivar para cada cónyuge de la aplicación estricta de la regla de la actuación conjunta»⁴⁸.

V. USUFRUCTO DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

El TRLSC prevé la posibilidad de constituir derechos reales limitativos de dominio sobre acciones y participaciones sociales como el usufructo, o derechos reales de garantía como la prenda con eficacia *erga omnes*. En relación con este último derecho señalar que, su regulación se contiene en el artículo 132, corresponde al deudor pignoraticio (propietario) el ejercicio de los derechos de socio, salvo disposición contraria de los estatutos y, el acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de tales derechos. Aunque quien actúa como socio frente a la sociedad es el deudor pignoraticio, pueden los estatutos permitir que ciertos derechos sean ejercidos por el acreedor pignoraticio (por ejemplo, asistir a Junta y votar). En caso de ejecución de la prenda de participaciones se aplicarán las reglas para el caso de transmisión forzosa contenidas en el artículo 109 del citado cuerpo legal —que establece un derecho de adquisición preferente por el precio de remate—; y en caso de acciones de una sociedad anónima, y prenda de acciones no íntegramente desembolsadas, si el propietario (deudor pignoraticio) incumpliese la obligación de desembolso pendiente, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí esta obligación o proceder a la realización de la prenda.

Estas mismas reglas se aplicarán en caso de embargo de participaciones o de acciones, siempre que sean compatibles con el régimen específico del embargo (art. 133). Corresponde al titular de las acciones y participaciones sociales embargadas el ejercicio de los de socio, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 132.1). Si se trata de embargo de acciones no íntegramente desembolsadas, el acreedor que promueve el embargo podrá pagar los desembolsos que quedan pendientes, si no los hace el socio (titular de las acciones o participaciones sociales), correspondiéndole un derecho de repetición o reembolso⁴⁹.

Centrándonos en el primero de los derechos reales citados, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ señala que, el usufructo de acciones o participaciones sociales, conforme a la definición general de este derecho prevista en el artículo 467 del Código civil consiste en «el derecho a disfrutar de las acciones o participaciones de una sociedad anónima o limitada que son de titularidad de otra persona. Ese derecho de disfrute parece naturalmente vinculado a la posibilidad de apropiarse de los frutos o beneficio de la sociedad que esas acciones o participaciones reportan como consecuencia del derecho de todo socio a participar de los mismos (art. 93 del TRLSC) y, de hecho, fundamentalmente es así». Y añade que «las acciones y participaciones de las sociedades de capital cumplen una doble función: de un lado sirven de vehículo para la correcta integración de capital social mediante las aportaciones que cada socio realiza en el momento en el que las suscribe o las asume; y de otro, confiere a su titular, es decir, a quien sea su propietario, la condición de socio (art. 91 TRLSC)»⁵⁰. Por su parte, SÁNCHEZ RUIZ manifiesta que «el usufructo de acciones y participaciones sociales puede considerarse un usufructo especial por razón del objeto, que está constituido por la «participación social en sentido amplia», entendida como la parte de socio que corresponde a una persona (en este caso, en una sociedad de capital), derivada de la propiedad que aquella ostenta sobre una o más acciones en una sociedad anónima o bien una o más participaciones sociales (en sentido estricto) en una sociedad limitada»⁵¹.

El usufructo de acciones y participaciones sociales debe encuadrarse en la categoría del usufructo de derechos de crédito que, se traduce en una cesión de la facultad de aprovechamiento y disfrute (*ius utendi* y *ius fruendi*) temporal de aquellas desde el propietario (nudo propietario) al usufructuario. Estamos ante un derecho real sobre cosa ajena limitativo del dominio que, se presume libre.

De ahí que, su existencia no se presume y debe ser interpretada restrictivamente y su contenido es limitado a las facultades expuestas. Disfrutar de la cosa es aprovecharse de ella percibiendo no solo los frutos que produce (naturales, civiles e industriales) sino también poseer la cosa, tenerla en su poder y obtener cuantos beneficios puede proporcionar conservando la forma y la sustancia de la cosa usufrutuada (art. 467 CC)⁵². No se trasmite ni la propiedad de la acción o de la participación social, ni la condición de socio, pero si la posibilidad de ejercitar o disfrutar de algunos de los derechos o facultades que, de tal condición socio se deriva⁵³.

Si bien, en relación con el usufructo de créditos se ha afirmado por la doctrina que su naturaleza no es exactamente la de un derecho real, sino «una especial situación de cotitularidad en el lado activo del crédito, por lo que se añade al acreedor inicial del crédito-objeto del usufructo un nuevo acreedor o titular: el usufructuario»⁵⁴.

La regulación del usufructo de acciones y participaciones se encuentra regulado de forma unitaria en los artículos 127 a 131 del TRLSC. En concreto, se disciplinan las relaciones entre el nudo propietario y usufructuario y la titularidad y el ejercicio a los derechos inherentes a tales acciones y participaciones sociales. El artículo 127.2 dispone que «en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta Ley y supletoriamente, lo dispuesto en el Código civil». A esta última remisión habría que añadir también la legislación civil autonómica correspondiente en materia de usufructo. Por tanto, en las relaciones internas entre el nudo propietario y usufructuario le corresponde a este aquellas facultades previstas en el título constitutivo del usufructo (juego de autonomía de la voluntad); en su defecto, las normas de la Ley de Sociedades de Capital; y supletoriamente, la regulación contenida en el Código civil (citado art. 127.1 tercer inciso y 127.2 del TRLSC). También se contiene disposiciones relativas a la liquidación del usufructo y el ejercicio del derecho de preferencia (arts. 128 y 129). Sin embargo en las relaciones externas del nudo propietario y usufructuario frente a la sociedad, prevalece lo establecido en los estatutos sociales sobre lo previsto en el título constitutivo del usufructo⁵⁵. Ciertamente, procede considerar que, la regulación específica del usufructo de acciones y participaciones sociales contenida en la Ley de Sociedades de Capital referida a las relaciones internas y externas entre nudo propietario y usufructuario, representa una *lex specialis*; siendo de aplicación preferente a lo previsto en materia de usufructo en el Código civil o en leyes civiles autonómicas, que constituyen normativas supletorias⁵⁶. No obstante, los pactos *inter partes* acordados en el título constitutivo del usufructo sobre cualquier materia, esto es, tanto sobre relaciones internas como externas —referidas, por ejemplo, al reparto de los derechos administrativos del socio— pueden contener disposiciones distintas del régimen estatutario o legal —normas dispositivas—⁵⁷.

En este contexto, el usufructo de acciones y participaciones sociales opera sobre un marco trilateral de relaciones: el usufructuario, el nudo propietario y la sociedad emisora de acciones y participaciones sociales. Este marco, a su vez, genera dos tipos de relaciones: la interna que actúa sobre el contenido típico del usufructo, esto es sobre los derechos y obligaciones del usufructuario y del nudo propietario que, tiene lugar cuando se constituye el usufructo, esto, se otorga el título constitutivo. Mientras que, las relaciones externas serán aquellas que se establecen entre el usufructuario y nudo propietario con la sociedad de capital⁵⁸.

Por otra parte, el usufructo de acciones o participaciones pueden constituirse en principio, bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 468 del Código civil, con la única excepción de la no operatividad en este caso de la usucapión o prescripción adquisitiva. De forma que, se puede constituir por ley —usufructo del cónyuge viudo— o por actos o negocios jurídicos *inter vivos* a título oneroso o gratuito o *mortis causa* —se trata en ambos casos de usufructos voluntarios—⁵⁹. Respecto a la constitución por negocio *inter vivos* caben, como precisa SÁNCHEZ RUIZ varias alternativas: «a) Enajenación del derecho de usufructo; b) Retención o reserva por el transmitente en caso de transmisión de las acciones o participaciones sobre las que recae; y c) Doble disposición con las que el propietario de las acciones, en un solo acto, transmite la nuda propiedad a un sujeto y el usufructo a otro sujeto distinto»⁶⁰. Precisamente, coincide la doctrina que respecto a la reserva y en el de doble disposición se pueden aplicar las restricciones legales o estatutarias a la transmisión de acciones o participaciones sociales.

En cuanto a la forma de constitución, tratándose de acciones nominativas o al portador, el citado artículo 121.1 del TRLSC remite al Código civil. Sin embargo, el artículo 106.1 del citado cuerpo legal exige que conste en escritura pública el usufructo sobre participaciones sociales, a efectos de facilitar el ejercicio de los derechos de socio por parte del usufructuario y posibilitar su inscripción en el libro registro⁶¹. Asimismo, se ha considerado por la mayoría de la doctrina como un derecho del usufructuario, cuando se trata de usufructo de acciones nominativas o al portador, la entrega de los títulos-documentos para el disfrute de los derechos que le correspondan —inscripción libro-registro de acciones nominativas o, en su caso, certificación de dicha inscripción—. Si bien, el último inciso del artículo 127.1 del TRLSC impone la obligación de facilitar el nudo propietario también el ejercicio de sus derechos, máxime si se trata de títulos al portador en poder del usufructuario⁶².

En cualquier caso, con respecto al usufructo de acciones nominativas, se admite expresamente su constitución por endoso acompañado de cláusula de valor en usufructo o alguna equivalente (art. 121.1 del TRLSC) y se deberá inscribir en el libro registro de acciones nominativas para ser eficaz frente a la sociedad (art. 116.1 del TRLSC)⁶³. Por su parte, si las acciones son al portador, resulta oportuno que consten en escritura pública. En fin, si se opera sobre acciones representadas en anotaciones en cuenta, la constitución tendrá lugar mediante transferencia contable e inscripción en la cuenta correspondiente y se registrará por lo previsto en la Ley de Mercado de Valores (arts. 118.1 y 121 del TRLSC y arts. 10 a 12 LMV). Si bien, la entidad encargada del registro contable podrá expedir al usufructuario el correspondiente certificado⁶⁴.

Respecto a la constitución del usufructo sobre participaciones sociales depende de la forma de representación de estas y deberá constar en escritura pública (arts. 92.2 y 104.1 del TRLSC) y para que tenga eficacia frente a la sociedad deberá inscribirse en el libro-registro de socios (art. 104 del TRLSC). Si se trata de sociedad limitada nueva empresa y no hay libro-registro de socios, la constitución del usufructo sobre tales participaciones sociales se tendrá que notificar al órgano de administración mediante la remisión del documento público o escritura pública donde figuren⁶⁵.

Sobre tales bases, procede señalar que, el usufructo de acciones y participaciones sociales en cuanto partes del capital social son, como señala la doctrina, acumulables, esto es, pueden ser titular de un conjunto de ellas la misma persona, sin que pierdan su individualidad; indivisibles —no fraccionables por la

sola voluntad del socio ni por la sociedad, salvo modificación de los estatutos acordada en Junta General de accionistas— (art. 90 del TRLSC); e, inescindibles de la condición de socio que, corresponde al nudo propietario (art. 127.1 del TRLSC), aunque el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo⁶⁶.

Resulta lógico que, como dispone la citada norma mercantil, recaiga en el nudo propietario la condición de socio durante el usufructo, quedando comprendido en su ejercicio los derechos políticos o administrativos (excluido el derecho al dividendo). No obstante, se trata de una norma dispositiva, por lo que los estatutos sociales podrán establecer otro régimen distinto, atribuyendo al usufructuario el ejercicio de algún derecho concreto o de todos ellos de forma global —por ejemplo, le permita el derecho de voto cuando se decida sobre un aumento de capital o modificación estatutaria que pueda afectar al usufructuario—; o en fin, puede establecerse un ejercicio alternativo de los mismos o simultáneo por ambas partes —nudo propietario y usufructuario—⁶⁷. Así, en principio, corresponde el derecho de voto, asistencia a Juntas y derecho de información —derechos políticos o administrativos— atribuibles al nudo propietario, sin perjuicio de otorgarlos estatutariamente al usufructuario en las modalidades reseñadas o, incluso en el propio título constitutivo —por ejemplo, el derecho a asistir a Juntas—⁶⁸. Respecto de la impugnación de acuerdos sociales, tras la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en los artículos 204 a 206 del TRLSC se ha suprimido la distinción entre acuerdos nulos y anulables, se han ampliado los plazos de impugnación y la fijación de la impugnación como un derecho atribuible a minorías cualificadas de socios⁶⁹. La legitimación para impugnar los acuerdos sociales se atribuye junto a los administradores a los «terceros que acrediten un interés legítimo y a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo y representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital». Por tanto, legitimados para impugnar los acuerdos estarían el nudo propietario en cuando su condición de socio y, el usufructuario como tercero con interés legítimo. El plazo para ejercitar tal acción de impugnación es de un año —excepto en las sociedades cotizadas que es de tres meses [art. 495.2 letra c) TRLSC]—. El nudo propietario en su condición de socio o en su caso, el usufructuario podrá impugnar el correlativo acuerdo de la Junta General cuando consideren haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales⁷⁰. En fin, en cuanto al derecho de separación de la sociedad (art. 348 bis del TRLSC) corresponde al nudo propietario en su condición de socio, pero nada impide que estatutariamente se atribuya al usufructuario. Si bien en caso de previsión estatutaria, la doctrina entiende que la solución más adecuada, es la de exigir el consentimiento del socio (nudo propietario) y del usufructuario⁷¹.

Por otra parte, en cuanto a los demás derechos del socio de contenido patrimonial son objeto de regulación específica en los artículos 128 y 129 del TRLSC. Por otra parte, en el título constitutivo del usufructo se podrán atribuir el ejercicio de algún derecho administrativo al usufructuario con eficacia solo *inter partes*.

Antes de proceder a su análisis, conviene recordar que, el artículo 127.1 del TRLSC reconoce el derecho al dividendo del usufructuario, esto es, del derecho a participar en las ganancias sociales, pues, el dividendo constituye un fruto civil integrado dentro de las facultades del *ius fruendi* que reconoce el Código civil al usufructuario (art. 475 inciso segundo). Como indica el artículo 474 del Código civil «*los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo*». Se presenta como tránsito de derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio

cuando se aprueba el reparto en Junta. No es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales, se pueden constituir otras de carácter voluntario⁷².

No obstante, este derecho al dividiendo tiene ciertos límites como su no cesión a un tercero de forma separada del derecho de usufructo, ni reservarlo al enajenar; o renunciar al derecho de usufructo⁷³.

Por otra parte, también tiene derecho el usufructuario al dividendo acordado durante el usufructo que, como precisa SÁNCHEZ RUIZ represente «el derecho de crédito (de carácter puro, no corporativo) que nace con el acuerdo de la junta de socios que decide el reparto de beneficios en relación con un determinado ejercicio social y consiste en la facultad de reclamar a la sociedad el pago del importe concreto de las ganancias, correspondiente a las acciones o participaciones usufructuadas, cuyo reparto haya sido decidido en el acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio correspondiente»⁷⁴. Para GARCÍA VICENTE «una porción de estos pueda corresponder, según las normas propias del usufructo, al nudo propietario (arts. 473 y 474 CC) o de que los dividendos acordados se refieran a los beneficios de la sociedad de un ejercicio anterior a la constitución del usufructo» y añade que «el derecho a la percepción de los dividendos acordados se referirá a cualquier dividendo, con independencia de que repartan los beneficios propios de la explotación de la sociedad o que conciernan a beneficios extraordinarios o atípicos»⁷⁵.

En cuanto a los beneficios de la sociedad se puede acordar en Junta no repartirlos o retenerlos como reservas sociales⁷⁶. En la adopción de dicho acuerdo puede haber votado a favor o en contra el nudo propietario, pues bien, el usufructuario puede frente a la sociedad, impugnar estos acuerdos alegando abuso de la mayoría (art. 294.1 del TRLSC)⁷⁷, o puede frente al nudo propietario tal como establece el artículo 128.1 del citado cuerpo legal exigir el incremento de valor experimentado por las acciones o participaciones usufructuadas que, proceda de esos beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que, figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas —reservas obligatorias legales o estatutarias y las voluntarias, se excluyen, por tanto, las ocultas o tácitas—⁷⁸. Si bien, aunque se habla de beneficios integrados en las reservas, para la mayoría de la doctrina se opera sobre los beneficios obtenidos durante el usufructo y su no integración en reservas⁷⁹. Y en cuanto a cómo se determinen ese incremento de valor, señala VALPUESTA GASTAMINZA, que «dependerá del cálculo de los «beneficios propios de la explotación» —excluyendo las plusvalías por ejemplo— y la integración en las reservas»⁸⁰.

Asimismo, en caso de disolución de la sociedad mercantil durante el usufructo, el citado artículo 128.2 dispone que, el usufructuario podrá exigir al nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación. Esta cuota de liquidación se pagará en dinero, aunque se puede, si así lo establecen los estatutos, la entrega de otros bienes sociales, atendiendo a su valor real, si subsisten en el patrimonio social al tiempo de la liquidación (art. 393 del TRLSC), o en participaciones o acciones de la misma clase de las que hubieran estado sujetas a usufructo en virtud del valor que, les corresponde atendiendo al último balance de la sociedad aprobado⁸¹.

Ahora bien, si las partes no llegan a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos descritos, este será fijado, a petición de cualquiera de ellas, y a

costa de ambas, por un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad que, designe a tal efecto el Registro Mercantil. Si bien, el título constitutivo del usufructo de participaciones podrá disponer de reglas de liquidación distintas (art. 128.4).

En cuanto a la forma de pago de estas cantidades, el artículo 131.1 dispone que, podrá abonarse bien en metálico, bien en participaciones o acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo, calculando su valor en virtud del que las que correspondan conforme al último balance de la sociedad que hubiere sido aprobado.

En fin, en los casos de aumento de capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado su derecho de asunción o de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio, estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta de los derechos o a la asunción o suscripción de las participaciones o acciones (art. 129 del TRLSC). Como establece la norma tendrá preferencia en el ejercicio o la enajenación de este derecho frente a la sociedad el nudo propietario. Si no lo ejercita antes de los últimos diez días del plazo previsto para ello, se encuentra legitimado para ello el usufructuario frente a la sociedad. Precisa GARCÍA VICENTE que «sobre tal derecho se constituya una titularidad temporalmente limitada (*pro rata temporis*)»; y, además «el reconocimiento de este derecho, frente a la sociedad, es «imperativo», de modo que son irrelevantes, en el ámbito de las relaciones externas, los pactos de atribución acordados en el título constitutivo o la remisión estatutaria de la cuestión al título constitutivo y tampoco los estatutos puedan suprimir sucesivamente el derecho de preferencia atribuido al usufructuario sin contar con su consentimiento»⁸².

Ahora bien, en caso de enajenación de los derechos de asunción o de suscripción, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá al importe obtenido por la enajenación —si bien, la cantidad obtenida (dinero) pertenece al nudo propietario—; y, en el supuesto en que se asuman nuevas participaciones o se suscriban nuevas acciones, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las participaciones o acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la asunción o suscripción, calculado por su valor teórico. El resto de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas pertenecerá en plena propiedad a aquel que hubiera desembolsado su importe (art. 129.2 y 3) —bien el usufructuario o el nudo propietario—. Por lo tanto, el usufructo se extiende a la asunción de las participaciones o suscripción de acciones, cuyo desembolso hubiera podido realizarse. Si bien, en el caso de sociedades cotizadas el valor de referencia que se va a utilizar para el cálculo, es el precio medio de cotización de las acciones durante el periodo de suscripción (art. 502.1 del TRLSC).

En este contexto, si los aumentos de capital se hacen con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas participaciones o acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo. Por lo que, ambos están legitimados para solicitar la asignación gratuita de las nuevas participaciones o acciones (art. 129.4). Se precisa que, el aumento con cargo a beneficios o reservas lo es «respecto de las que figuran en el último balance aprobado (art. 295.2), sean remanentes no distribuidas o bien reservas disponibles y con independencia que procedan de ejercicios en los que el usufructo estuviera ya constituido»⁸³. Sin embargo, GARRIDO MELERO entiende que en el caso de aumento de capital durante el usufructo con cargo a reservas ya constituidas con anterioridad al mismo «se debe entender que también se extiende al usufructo a

las nuevas acciones o participaciones sociales», pues «una interpretación *a sensu contrario* de la norma podría llevar a afirmar que solo las reservas constituidas durante el usufructo dan lugar a gravar con derecho de usufructo a las nuevas acciones o participaciones sociales»⁸⁴. Asimismo, las reservas constituidas por las ganancias sociales generadas durante el usufructo y la parte proporcional de la cuota de liquidación integrada por aquellas, pertenecen al usufructuario⁸⁵.

No obstante, el propio título constitutivo de usufructo de participaciones podrá establecer reglas distintas de las señaladas en los apartados anteriores, y, asimismo, en las sociedades anónimas, el usufructuario tendrá los mismos derechos cuando se trata de emisión de obligaciones convertibles en acciones de la sociedad (art. 129.5 y 6)⁸⁶. El usufructuario podrá solicitar la conversión si no lo ha hecho el nudo propietario en el plazo de diez días antes de la extinción del plazo para su ejercicio (art. 129.1 y 6 del TRLSC)⁸⁷. En todo caso, como precisa VALPUESTA GASTAMINZA «cuando se emiten tales obligaciones los accionistas tienen iguales derechos de suscripción preferente que respecto de las acciones (art. 416 del TRLSC, pues esas obligaciones pueden ser acciones en el futuro)» y añade que «el usufructuario tendrá iguales derechos (de vender los derechos o ejercitarlos, si no lo hace el nudo propietario; y de extender el usufructo a las obligaciones, o ser titular de estas, en función de cuál hubiera sido el precio de venta de los derechos de suscripción preferente)»⁸⁸.

En cuanto al usufructo de acciones no liberadas totalmente, el nudo propietario está obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de la parte no desembolsada y, una vez, realizado tiene derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad pagada hasta el importe de los frutos —estos serán el dividendo que se recibe anualmente—⁸⁹. Si el nudo propietario no realiza el citado desembolso pendiente en cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago, podrá hacerlo el usufructuario, evitando con ello las consecuencias legales derivadas del retraso. Si bien, el usufructuario podrá exigir el reembolso de la cantidad pagada al finalizar el usufructo (art. 130).

Ahora bien, cuando el usufructo sea de acciones, en caso de aumento del capital de la sociedad, de enajenación de los derechos de asunción o de suscripción o se asumen nuevas participaciones o se suscriban nuevas acciones o, en fin, se trata de usufructo de acciones no liberadas totalmente, el importe de las cantidades que hayan de pagarse podrá abonarse en metálico o en participaciones o acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo. Cuando el usufructo recaiga sobre participaciones, las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario en virtud del artículo 129, se abonarán en dinero (art. 131).

En este contexto, la cuestión controvertida expuesta al inicio de nuestro estudio opera sobre la determinación del carácter ganancial o no de los beneficios destinados a reservas sociales por una sociedad de capital de la que es socio uno de los cónyuges, no repartiéndose aquellas, ni como dividendo, ni ampliándose el capital social, emitiendo acciones con cargo a las mismas y, por tanto, planteándose si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe o no un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipe por las ganancias sociales no repartidas. Añadiendo a todo esto la posible aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 128 del TRLSC sobre la consideración de los beneficios destinados a reserva como ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecen al patrimonio común y, completando con ello o no la laguna del artículo 1352 del Código civil respecto de tales beneficios destinados a reservas y teniendo, asimismo, a lo dispuesto en los artículos 1360 y 1381 del Código civil.

Como manifestamos al inicio de nuestra exposición la doctrina de las Audiencias Provinciales se encuentran divididas sobre esta cuestión controvertida. Así, por un lado, la postura que considera que, la sociedad de gananciales ostenta un derecho por las reservas constituidas mientras duró el matrimonio, frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales; y, por otro, aquellas sentencias que, se muestran contrarias a la inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales. En relación con la primera posición, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, de 17 de diciembre de 2013⁹⁰ argumenta que «Debemos partir, ciertamente, que las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica propia, y que los beneficios sociales no repartidos como dividendos no pertenecen a los socios o partícipes sino a la propia sociedad pero siendo esto así, también lo es que, sus beneficios computados como reservas podrían distribuirse como dividendos, situación que puede ser mucho más peligrosa cuando el cónyuge titular de las acciones o participaciones controla la sociedad, de modo que es él quien decide si se reparte dividendo o se contabilizan los beneficios como reservas, cuando se amplía o no el capital con cargo a reservas, o cuando se reparten dividendos con cargo a reservas. También puede suceder, cierto es que, esos beneficios o reservas no se traduzcan nunca en reparto de dividendos o ampliación de capital, bien porque compensen resultados negativos de ejercicios anteriores, bien porque ulteriores pérdidas de la sociedad neutralicen las reservas, como pudiera haber sucedido en este caso». Continúa manifestando que la solución, como se puede apreciar, no es fácil. En su opinión «la aplicación analógica del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital a la liquidación de la sociedad es perfectamente posible por concurrir identidad de razón (art. 4.1 CC), pues, el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido. La situación de los beneficios sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo y la institución del usufructo de acciones o participaciones sociales, en que el usufructuario tiene derecho a hacer suyos los frutos, dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, presenta una cierta relación analógica con la sociedad de gananciales, en la que se hacen comunes por los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente para cualquiera de ellos (art. 1344 CC), y entre ellos los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales (art. 1347.2 del mismo cuerpo legal). Obviamente, el usufructo de acciones o participaciones sociales no es igual que la sociedad de gananciales, pues en tal caso como no se trata de una posible aplicación analógica de la norma sino directa y también resulta evidente que no toda regulación legal del usufructuario de acciones o participaciones sociales es aplicable analógicamente a la sociedad de gananciales, pero respecto a la concreta cuestión de los beneficios sociales computados como reservas, nos parece que la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales es perfectamente aplicable por analógica a la sociedad de gananciales. Como la solución al problema es difícil, ya lo hemos dicho, también sabemos que la disposición legal aplicable al usufructo de acciones o participaciones sociales en el artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital es criticada sobre todo desde el aspecto económico-empresarial, lo es que comprensible, pero ante un problema completo es la opción elegida por el legislador». Por lo que «a su juicio la cuestión tiene dos posibles soluciones: la primera es entender en atención a la personalidad jurídica propia de la sociedad; a que los beneficios sociales computados como reservas no pertenecen a los socios sino a la propia sociedad; que, a diferencia del dividendo, que sale del patrimonio de la sociedad, o de las

acciones con cargo a beneficios, que es un valor que la propia sociedad emite, el beneficio contabilizado como reservas permanece en el patrimonio de la sociedad, pudiendo desaparecer por pérdidas ulteriores o incluso compensar un neto patrimonial negativo anterior y que el supuesto no se encuentra comprendido en la regulación del artículo 1352 del Código civil; que ese beneficio anual no repartido como dividendo ni utilizado para emitir ampliaciones de capital con cargo al mismo, no da lugar a un crédito de la sociedad de gananciales, dejando para los casos especiales de fraude por uno de los cónyuges la aplicación de los principios generales correctores del fraude de ley, el abuso de derecho o incluso la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica; pero esta solución, tributaria más de un enfoque que podríamos denominar mercantil-empresarial, tiene el inconveniente de que deja la corrección de las situaciones de abuso y fraude a la aplicación de los principios generales del derecho de salvaguardia del ordenamiento que, es bastante posible que en la práctica, por sus limitaciones, no resulten eficaces para remediar la complejidad de las posibles realidades que se presenten y además obvia la aplicación analógica de la solución adoptada legalmente para el usufructo de acciones o participaciones sociales. Desde este aspecto, sí debemos señalar que, como bien indica la sentencia recurrida no existe confusión entre el patrimonio de D. César y el de sus sociedades, no concurriendo motivo para acudir a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica, y el codemandado D. Cristóbal se ha cuidado de acreditar a través del dictamen pericial de D. Aurelio que la política social de no reparto de dividendos se hallaba justificada económicamente y no obedecía a un capricho o a un fraude. La otra posibilidad es aplicar analógicamente la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales y estimar que los beneficios sociales de explotación integrados en las reservas expresas y que no hayan dado lugar a reparto de dividendo o a ampliación de capital general también un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge titular de las acciones o participaciones. Es el reverso de la solución anterior, centrada más en un enfoque civil, en detrimento del mercantil-empresarial, y que aplica una solución general al problema, ya elegida por el legislador para un supuesto con cierto parecido, si bien desde el aspecto económico-empresarial será criticada.

En esta disyuntiva y tras una profunda meditación concluye la sentencia que «nos parece más prudente y adecuado acudir a la segunda solución, sin que ello pueda implicar que apliquemos a la liquidación de la sociedad de gananciales los criterios de régimen de participación, pues en el propio régimen de la sociedad de gananciales también existen créditos de la sociedad frente a uno de los cónyuges (arts. 1352, 1359 y 1360 CC), no tratándose de otra cosa que de interpretar una laguna contenida en el artículo 1352 del Código civil, no dejando de ser un poco llamativo que de ser uno de los cónyuges solo usufructuario de un paquete de acciones o participaciones sociales el beneficio de explotación de la sociedad integrado durante el usufructo en las reservas expresas del balance que como crédito le corresponde frente al nudo propietario vaya a ser un bien ganancial, conforme al artículo 1349 del Código civil en relación con el artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital, y sin embargo, de ser el cónyuge propietario pleno de acciones o participaciones sociales los beneficios sociales imputados o reservas no vayan a dar ninguna compensación económica a favor de la sociedad de gananciales».

Respecto de la segunda posición, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2017⁹¹ manifiesta al respecto que «la cuestión a resolver exige hacer consideración de dos posturas enfrentadas en cuanto

al criterio que se ha de mantener en relación al hecho de si en una liquidación de sociedades gananciales han de incluirse en el activo de esta las reservas de las sociedades participadas por los cónyuges, reservas que suponen beneficios de la sociedad no repartidos en favor de los accionistas o partícipes, y que por tanto se distinguen de los dividendos que sí se hayan repartido en cuanto que beneficios generados por la sociedad en cuestión; o por el contrario, no deben repartirse. La primera postura, aplicando analógicamente el artículo 128 de la LSC que entiende el derecho del usufructuario a participar en las reservas en la proporción que corresponda, que hayan sido devengadas durante el periodo en que ostentó el derecho de usufructo, da una respuesta afirmativa a la participación de la sociedad de gananciales en las reservas; más no es así la segunda que considera que, en tanto el órgano pertinente de la sociedad no ha acordado el reparto de las cantidades objeto de reservas en calidad de beneficios entre los socios participantes, dichas cantidades no han salido de la sociedad y en consecuencia, no forman parte del patrimonio de la sociedad de gananciales. Además aclara que con la primera postura, expuesta sucintamente con anterioridad «sostiene que el usufructo de acciones o participaciones sociales tiene regulación concreta en el artículo 128.1 de la Ley referida, que dice que finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas, y atendiendo a ello pretende la posibilidad de aplicación analógica de dicho precepto a la liquidación de la sociedad de gananciales porque considera que existe identidad de razón, ya que el problema que se pretende regular en el usufructo de acciones o participaciones sociales es muy parecido o semejante a aquel que nos ocupa. Sostiene que la situación de los beneficios sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo, en que el usufructo de acciones o participaciones sociales no repartidos como dividendos durante la vigencia del usufructo, en que el usufructuario tiene derecho a hacer suyos los beneficios obtenidos por la sociedad durante el usufructo, presenta una cierta relación analógica con la sociedad de gananciales, en la que se hacen comunes por los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente para cualquiera de ellos (art. 1344 CC), y entre ellos los frutos, rentas e intereses que produzcan tanto bienes privativos como los gananciales (art. 1347.2 del mismo cuerpo legal)». Sin embargo, entiende la Sala que «no es posible la aplicación analógica de la norma y ello entre otras razones porque no es equiparable la situación que se contempla en el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital para los usufructuarios, con la de los titulares o propietarios de las acciones. No se puede equiparar la situación de un usufructuario de acciones en una sociedad de capital, a la del propietario de las mismas y ello independientemente de las críticas que ha suscitado el referido artículo 128, por lo que consideramos que este no es aplicable analógicamente». Además «el artículo 4 del Código civil, regulador de la analogía exige para la aplicación analógica de la norma que los supuestos sean semejantes, entre el que esté regulado expresamente y el que no se aprecie entre ellos identidad de razón, identidad que a pesar de la semejanza existente, nos encontramos entre la posición del usufructuario y el propietario de acciones. Mientras que el primero, conforme al artículo 128 de la Ley de Sociedad de Capital tiene un derecho a las reservas limitado al tiempo en que ha tendido la condición de usufructuario, y por tanto está en un posición de temporalidad en el derecho que ostenta, siendo que una

vez que desaparezca este ningún beneficio va a poder obtener derivado de su participación en su calidad de usufructuario en la sociedad, no es la misma la situación del titular propietario de las acciones que, lógicamente aunque la ley en cuestión no le dé derecho a participar en las reservas en la misma calidad del usufructuario, mantienen una posición en la sociedad con evidente beneficio de sus acciones en caso de la existencia de reservas, dado el presumible mayor valor que las mismas tendrían; además de que dada su condición de titular puede gestionar las acciones conforme a su conveniencia social y temporal. Por lo que concluye que «nos inclinamos en consecuencia por la segunda de las posturas, de la que es ejemplo sentencia de distinta sección a aquella al que se recoge la sentencia recurrida, pero también de la Audiencia Provincial de Madrid, en concreto, la sección 24, dictada el día 9 de enero del 2014, en criterio seguido por otras de la misma Audiencia Provincial». De ahí que, se consideren que «así en relación con los beneficios no distribuidos, esto es con las reservas en situación de las que ahora nos ocupamos, en la Junta societaria quien es soberana para decidir conforme a las mayorías exigidas, el reparto de sus beneficios sociales y que en esta materia es unánime la jurisprudencia que considera que para convertir el derecho concreto de crédito en abstracto para participar en los beneficios sociales, es necesario el acuerdo de la Junta que, como órgano soberano de formación de la voluntad general, es el que decide el destino de dividendos. Los beneficios de la sociedad anónima, de la que era socio en su momento don Luis María, como titular de unas acciones que, han sido destinadas a reservas, no han salido de la propia entidad, entidad que tiene personalidad jurídica independiente, ni se han incorporado de algún manera al patrimonio ganancial ni, en definitiva, tienen la consideración de frutos o rentas de un bien privativo, siendo estos los que comparten la naturaleza ganancial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1347.1 del Código civil. En suma, esos beneficios no son dividendos repartidos a los socios, beneficios estos últimos que sí tendrían la consideración de frutos civiles, sino incrementos invertidos en la propia sociedad, de los que no participa el socio por esta condición. A mayor abundamiento entendemos que el hecho que en razón al reparto de las reservas suponga la participación del socio se ha revaluado a consecuencia de dicha aplicación, es algo que no supone la consideración como ganancial del incremento, en la medida en que las plusvalías generadas por inversiones ajenas a fondos gananciales, o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, no comparten la naturaleza ganancial, y ello al margen de que dichas plusvalías deban evaluarse, no en el momento que tiene lugar, sino en el del reparto de dividendos, que sí tendrá naturaleza ganancial, o en el de liquidación de la propia sociedad, referido esta no a la sociedad de gananciales. Consecuencia de lo expuesto es la estimación del motivo del recurso y también como hemos advertido que no sea necesario hacer consideración de si las reservas relativas a sociedades no participadas por don Luis María, sino por sociedades por este participadas, formarían parte o no de la sociedad de gananciales, pues en ningún caso ninguna de las reservas de la sociedades litigiosas forman parte del activo de dicha sociedad».

1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE FEBRERO DE 2020

Para resolver las discrepancias de criterio entre nuestras Audiencias Provinciales, dado el vacío normativo existente al respecto, al no hallarse contemplado

expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinados a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020⁹² estima más sólida la segunda de las posiciones expuestas y, por consiguiente, se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas, que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad, con la particularidad de la existencia de fraude.

Al respecto argumenta su posición, señalando que «en primer lugar, ostentan la consideración legal de gananciales los dividendos cuyo reparto se han acordado, en tanto en cuanto provienen de las acciones o participaciones sociales de titularidad privativa de uno de los cónyuges por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1347.2 del Código civil y 93 a) LSC, mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad, que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 de la LSC). En efecto, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí. En este marco de autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la Junta General decidir bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico (arts. 160 y 273 de la LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución de reservas o el reparto de dividendos. El socio únicamente puede ante un acuerdo de esta naturaleza, ejercitar su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurren los presupuestos normativos para ello; o impugnar el correlativo acuerdo de la Junta General, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales».

Continúa señalando que «(...) Las reservas no se pueden identificar sin más como frutos de los rendimientos de un bien productivo y como tales gananciales, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto del correspondiente a los socios y sometidas a un concreto régimen jurídico societario. Por otra parte, la constitución de fondos de reserva responde a autónomas decisiones adoptadas por la sociedad de capital, en el ámbito específico e independiente de su competencia en la gestión del objeto social, en otras ocasiones resultan normativamente impuestas en el caso de reservas legales o derivadas de una disposición de los estatutos sociales que así expresamente lo exijan, toda vez que dichas reservas pueden ser voluntarias, legales o estatutarias (arts. 273 y 274 de la LSC)». Ahora bien «estas reservas pueden hallarse justificadas por la necesidad de autofinanciación para obviar las dificultades de encontrar financiación externa o asumir los costes que ello supone. Sirven para acrecentar el patrimonio de la empresa, asegurando un fondo de solvencia con respecto a los acreedores sociales, así como una garantía de pervivencia frente a los avatares del mercado. Valen para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios económicos precedentes. En definitiva, constituyen todas ellas opciones cuya elección compete a la voluntad social exteriorizada en la Junta General y no subordinadas a la voluntad individual de sus socios, incluso son impuestas directamente por la ley».

Por otra parte, se entiende que, como «las reservas tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico, son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. El beneficio contabilizado puede desaparecer por

pérdidas ulteriores y es perfectamente factible, incluso habitual y frecuente que el cónyuge socio nunca llegue a participar en dichos beneficios. Los dividendos, por el contrario, considera este Alto Tribunal «sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generan un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción». Es por ello que para esta Sala «los beneficios generados no deben formar parte del activo ganancial, en tanto en cuanto no se declare el derecho del cónyuge titular de las acciones o particiones sociales a percibir dividendos en su condición de socios a tenor del artículo 93 a) de la LSC, lo que únicamente acontece cuando la sociedad acuerda la conversión de ese derecho abstracto en un derecho concreto de crédito que, por su naturaleza de fruto, se integra en la masa ganancial. De tal forma que, si la decisión social de distribución de beneficios se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán comunes, aun cuando su efectiva percepción se materialice con posterioridad a la disolución de dicho régimen económico matrimonial, puesto que el derecho de crédito, en tal caso nació vigente el consorcio. Sin embargo, no ostentarán tal condición jurídica, cuando el acuerdo de distribución de beneficio se adopte posteriormente; pues los frutos de los bienes privativos, tras la disolución de la sociedad de gananciales, ya no son comunes».

Por otra parte, el cónyuge socio, dada su condición de titular privativo de las acciones o participaciones sociales puede gestionarlas conforme a su conveniencia, incluso enajenarlas sin necesidad de contar con el consentimiento de su consorte (arts. 1381 y 1384 CC). En este último caso, el fondo de reserva constituido se transmite con las acciones o participaciones sociales al adquirente y su materialización en dividendo corresponderá a quien sea titular de las mismas, cuando la sociedad de capital así expresamente lo decida. El cálculo del importe de las acciones o participaciones sociales tendrán en cuenta el balance de la sociedad del que formará parte los beneficios retenidos como reservas, sin que exista derecho alguno de participación del cónyuge del socio enajenante en el precio obtenido de una transmisión onerosa de tal clase, que será de naturaleza privativa (art. 1346.3 CC). Tampoco se regula, como es natural, la intervención del cónyuge no titular para donarlas, pese a que incorporen la hipotética suma destinada a reservas. Desde esta perspectiva, podrá entenderse que las ganancias no repartidas se integran en la cuota social. Caso distinto sería que se invirtieran fondos gananciales en la sociedad de capital en cuyo caso podrá entrar en juego el artículo 1360 del Código civil».

Ahora bien, precisa que «el hecho que el beneficio de un ejercicio social no se reparta, al integrarse en el fondo de reserva, es cierto que no deja de ser ganancial y como tal fruto, pero nacido de la propia actividad productiva de la sociedad, sometido a sus avatares e integrado en el patrimonio de la mercantil para la realización de su objeto social, sin constituir, por consiguiente, fruto percibido por el cónyuge socio vigente el régimen ganancial y como tal integrado en el patrimonio común. En consecuencia, no consideramos al cónyuge titular deudor de la sociedad de gananciales con respecto a las reservas constituidas, cuyo destino puede venir determinado legal o estatutariamente o por acuerdo de la Junta General y que, incluso, puede acontecer, como no deja de ser frecuente, que nunca llegue a percibirse como beneficio imputable a las acciones o participaciones sociales».

Ciertamente, añade la Sala que «este específico régimen legal nos aparta de la regulación de los derechos reales sobre las acciones o participaciones sociales de los artículos 127 y siguientes de la LSC, dentro de los cuales se encuentran las disposiciones relativas al usufructo de tal clase regulado en el invocado ar-

título 128 de la LSC que, por las razones expuestas, no consideramos aplicable a la comunidad germánica o en mano común que, conforma la naturaleza de la sociedad ganancial, y por consiguiente que, a la disolución de la sociedad, el cónyuge socio sea deudor por el incremento del valor de las acciones o participaciones sociales respecto a unas reservas que expresadas en el balance, según el precitado artículo 128 de la LSC, comprenderían, además todas ellas «cualquier que sea la naturaleza o denominación» como norma de dicho precepto.

Además dispone que «el usufructo regulado en la LSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo de dominio, que se puede constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito, y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se registrarán por lo establecido en el título constitutivo, y en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil (art. 127 del TRLSC). Sería factible, por lo tanto, que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto pueden establecer convencionalmente el contenido de tal derecho».

En conclusión fija como doctrina la Sala:

1. No se considera aplicable el régimen jurídico del artículo 128 de la LSC a la determinación del patrimonio ganancial.
2. Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen societario, no adquieren la condición de bienes gananciales.
3. Los dividendos, cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tienen naturaleza ganancial.
4. No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma.
5. En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común.

La Junta General ordinaria de accionistas puede denegar el reparto de los beneficios obtenidos y retenerlos íntegramente en su patrimonio, si existe un interés social que justifique dicho acuerdo y en ningún caso es posible denegar de forma injustificada e indefinidamente el reparto⁹³.

Nuestro Tribunal Supremo opta al negar el carácter ganancial a las reservas que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad por una concepción más económica y mercantilista que civil.

En primer lugar parte de la consideración del carácter ganancial de los dividendos, mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 del TRLSC) y no tienen la consideración de frutos como los dividendos, y por tanto, no tienen carácter ganancial atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1347.2 del Código civil.

Como refuerzo de tal argumentación, el Alto Tribunal señala que, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. Además, la sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

Ciertamente en este marco de autonomía de la sociedad con respecto a sus socios, corresponde a la Junta General de accionistas decidir por un lado, acerca de la aprobación de las cuentas anuales y, por otro, la aplicación del resultado del ejercicio económico que, puede implicar entre otras decisiones el destino que se dará a los beneficios obtenidos, la constitución o no de reservas sociales o, en fin, el reparto de dividendos entre los socios. Ante la adopción de dichos acuerdos, el socio tiene como medidas de defensa, bien ejercitar el derecho de separación (art. 348 bis del TRLSC) o bien impugnar el acuerdo de la Junta General, si entiende que ha sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales.

Si bien, el cónyuge socio tiene un derecho abstracto sobre patrimonio ajeno que, opera cuando existe acuerdo de Junta que ordena el reparto de dividendos; las reservas, por el contrario, no pueden tener la consideración de frutos de un bien productivo y por tanto, gananciales, en cuando pertenece a la sociedad no a los socios, que están integradas en su patrimonio que, es distinto y separado del que corresponde a aquellos y sometidas a un régimen jurídico societario concreto. Reservas que puede ser voluntarias, legales o derivadas de una disposición estatutaria y que, pueden tener su justificación en la necesidad de autofinanciación, o para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios anteriores.

En este contexto, entiende la Sala que, resulta necesario afirmar que, las reservas son frutos de la sociedad obtenidos de la realización de su objeto social, mientras que los dividendos son frutos del socio, separados del patrimonio social y que generan un derecho concreto, no eventual o potencial a su perfección. De tal forma que, si la decisión social de reparto de dividendos se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán gananciales, aunque se perciban con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales. Se trata de un derecho de crédito nacido constante el régimen económico matrimonial de gananciales. Si el acuerdo de distribución de dividendos tiene lugar tras la disolución de gananciales, pierde su condición de fruto y su consideración de bien ganancial.

En refuerzo de su posición, se alude por el Tribunal Supremo a la gestión y transmisión del cónyuge socio, como titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Así puede gestionarlas a su conveniencia, y enajenarlas sin consentimiento de su consorte. En este último caso, el fondo de reserva constituido se transmite con las acciones y participaciones sociales al adquirente. Por otra parte, en el cálculo del importe de tales acciones o participaciones sociales se tendrá en cuenta el balance de la sociedad del que forman parte los beneficios retenidos como reservas, sin que exista derecho alguno a la participación en el precio obtenido por la transmisión por parte del cónyuge del socio enajenante, pues, tal precio tendrá naturaleza privativa con arreglo al artículo 1346.3 del Código civil (principio de subrogación real). Tampoco intervendrá este en el caso de donación de las acciones o participaciones sociales, aunque también incorporen una suma destinada a reservas, pues, en ambos casos, las ganancias repartidas (reservas) forman parte de la cuota social. Si bien, la sentencia entiende que únicamente cuando se inviertan fondos gananciales en la sociedad podría entrar en juego el artículo 1360 del Código civil para hacer a la sociedad acreedora del aumento de valor de las acciones transmitidas.

Sobre tales bases, respecto a la posibilidad de aplicar el régimen legal específico previsto en los artículos 127 y siguientes del TRLSC, más en concreto el artículo 128, a la sociedad de gananciales y respecto a la situación del cónyuge casado bajo este régimen económico que sea titular privativo de acciones o participaciones sociales, afirma que ello no es posible entre otras razones porque:

el usufructo regulado en el TRLSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo de dominio, que se puede constituir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito y que en las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirá por lo establecido en el título constitutivo, y, en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil. Por tanto, lo dispuesto en el artículo 128 del TRLSC respecto a las reservas que podrá percibir las a la finalización del usufructo el usufructuario, en concreto, el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas; o a la disolución de la sociedad mercantil, no se aplica analógicamente a la sociedad de gananciales en cuanto comunidad germánica o en mano común, y por consiguiente que, a la disolución de la sociedad de gananciales, el cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales sea deudor por el incremento del valor de estas respecto de unas reservas expresadas en el balance.

En todo caso, el usufructuario como el cónyuge socio titular de las acciones o participaciones sociales tienen derecho a los dividendos; y respecto de aquel resulta factible que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto puede establecerse convencionalmente el contenido de tal derecho.

Por último, en el caso de sociedades familiares o controladas por un cónyuge como socio único o mayoritario que adopte durante varios ejercicios económicos y sin justificación aparente para ello acuerdos sociales en la que destina los beneficios a reservas y no al reparto de dividendos podría tal comportamiento del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales considerarse fraudulento (incurso en fraude de ley —artículo 6.3 CC)— y determinar la aplicación del precepto que se pretende eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 CC o, lo previsto expresamente en los arts. 1390 y 1391 del citado cuerpo legal), cuando se dan los presupuestos previstos en ambos.

Frente a tal posición adoptada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, están los partidarios de considerar que la sociedad legal de gananciales tienen un derecho de participación en las reservas societarias que se fundamenta en la consideración que los beneficios destinados a reservas son ganancias de la sociedad y como tales frutos pertenecientes al patrimonio común, siendo de aplicación por analogía, al concurrir identidad de razón, el tratamiento jurídico del artículo 128 del TRLSC. Asimismo, utilizan una interpretación al absurdo, según la cual, en el supuesto que uno de los cónyuges fuera usufructuario de acciones o participaciones sociales conforme al artículo 127 del TRLSC, los frutos devengados durante el matrimonio serían comunes según dispone el artículo 1349 del Código civil y la sociedad ganancial tendría derecho a la aplicación del artículo 128 del TRLSC que, no ostentaría cuando el otro cónyuge fuere titular exclusivo de las acciones o participaciones sociales y no un simple usufructuario. Lo que introduce una incoherencia en el sistema. Igualmente, se acude a la aplicación del artículo 1360 del Código civil, al reputar los beneficios destinados a reservas como incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, expresión normativa que integraría a las sociedades mercantiles.

Recordemos que esta cuestión controvertida había generado posiciones enfrentadas en el seno de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, resolviéndose ahora por nuestro Tribunal Supremo con esta Sentencia del Pleno

de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020, e inclinándose por la no inclusión de los beneficios destinados a reservas en el activo de la sociedad de gananciales y, asimismo, en la no aplicación analógica de la regulación contenida en los artículos 127 y siguientes del TRLSC, más en concreto, del artículo 128.

Pese a la doctrina jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo en esta resolución del Pleno, no falta en nuestra doctrina quienes, consideran más razonable la posición mantenida por una parte de las Audiencias Provinciales, que considera que, la sociedad de gananciales ostenta un derecho de crédito por las reservas constituidas, mientras duró el matrimonio, frente al cónyuge titular privativo de las acciones o participaciones sociales. Así ALCOVER GARAU manifiesta al respecto que si bien «es obvio que usufructo y sociedad de gananciales no son lo mismo y, por tanto, no es de extrañar que la forma de constituir uno y otro no coincidan, como también es obvio que, debido a que son figuras distintas, en una puede jugar la autonomía de la voluntad de forma diferente a la otra». No es menos cierto que «a los efectos que interesan, en la sociedad de gananciales también hay una disgregación entre los bienes privativos y sus frutos: los bienes son de su titular; los frutos de la sociedad, o sea, que, cuando se liquida, forman parte de su activo. (...) Y si ello es así, se da sin duda alguna la identidad de razón para colmar, mediante la analogía de las normas del usufructo de acciones o de participaciones sociales, la laguna que en la regulación de la sociedad de gananciales se detecta en relación a quien le corresponde el aumento de valor de las acciones o de las participaciones sociales consecuencia de las reservas por beneficios». Además se pregunta «¿Qué razón hay para que en una figura le corresponda al usufructuario los dividendos y los incrementos y en la otra solo le corresponda a la sociedad los dividendos? Y la razón, es obvio, no se puede hablar en el análisis económico-jurídico que hace el Tribunal Supremo sobre la naturaleza de las reservas, porque el legislador en el artículo 128 ha optado por la tesis contraria a la que desarrolla el Tribunal Supremo en sede de usufructo». Por lo que concluye que «cabe la aplicación analógica de todo el contenido normativo del artículo 128 la sociedad de gananciales (finalización de usufructo, disolución de la sociedad y fijación del valor del aumento por experto independiente)»⁹⁴. En igual sentido, si bien, respecto a la regulación de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, se manifiesta MARTÍNEZ SANCHIZ al señalar que «las reservas voluntarias son frutos, lo son ontológicamente y así lo reconoce la norma cuando ordena el reembolso de las reservas gananciales transformadas en acciones gratuitas para el socio (...)». Aclarada este cuestión se plantea el autor la integración del silencio del Código civil, para ello indica que «habrá que acudir a la regulación del usufructo de acciones o participaciones que (...) es la pauta a seguir en esta sede. La aplicación de esta normativa no solo obedece a evidentes razones de analogía, sino que responde a un imperativo lógico». Para ello nos invita a pensar en el siguiente caso «el consorte dispone de un usufructo vitalicio sobre las participaciones, cuando se disuelva —por muerte pongamos por caso— a la vez que la sociedad de gananciales, sus herederos podrán reclamar del nudo propietario la pertinente compensación, que tendrá naturaleza ganancial. Trasladémonos ahora al supuesto que el cónyuge fallecido tenga la propiedad de esas participaciones privativas, ¿van a tener peor condición los herederos que los de un usufructuario? La respuesta que, debe ser la misma cuando la sociedad se disuelve por obra del divorcio, solo puede ser negativa. Creo que el argumento es apodíctico y que admite réplica. La consecuencia es paladina, la disolución de la sociedad de gananciales, al igual que la extinción del usufructo y por causa que sea, también en caso de divorcio, da lugar a la compensación

de las reservas producidas durante el matrimonio». En consecuencia, concluye el autor que «la disolución de la sociedad de gananciales conlleva que, en la liquidación consiguiente, el socio deba reembolsar a su cónyuge por las reservas que, de haberse repartido, se habrían integrado en el consorcio matrimonial»⁹⁵. E, igualmente, para REBOLLEDO VARELA desde un punto de vista económico se pueda mantener que «las ganancias que obtiene una sociedad son siempre un fruto o rendimiento, por lo que la reinversión que se realiza destinando ganancias a reservas voluntarias (o a la adquisición de nuevos elementos patrimoniales de la sociedad) no impide que se siga conservando el carácter que tenía. Es decir, que las reservas a efecto de liquidación de la sociedad de gananciales, y aunque no hayan sido utilizadas ya antes de la disolución del régimen económico para una ampliación de capital con cargo a las mismas y aplicación del derecho de reembolso del artículo 1352 del Código civil, en cuanto se integran de manera principal con beneficios no repartidos no dejan de ser frutos de la sociedad y siempre deben considerarse gananciales (art. 1347.2 CC)»⁹⁶.

No obstante, a favor de la posición adoptada por el Pleno de la Sala de lo Civil en la Sentencia de 3 de febrero de 2020 se expresa, con anterioridad a esta resolución, MARTÍN MELÉNDEZ, tras advertir la existencia de una laguna legal en el artículo 1352 del Código civil, puesto que se olvida el supuesto de emisión de acciones con cargo a reservas, señala en cuanto a la emisión con cargo a beneficios que el citado artículo 1352 del Código civil «viene a establecer un derecho de crédito en favor de la sociedad por el valor nominal de las nuevas acciones, actualizado en el momento de hacerse efectivo no por el precio de cotización en bolsa, ni por el valor real de la acción cuando llegue el momento de pagar a la sociedad, sino por el importe actualizado de los beneficios empleados. A la misma solución se llega para el caso de emisión con cargo al crédito por dividendo». Por otra parte, indica que, el artículo 1352 no dice nada respecto de la emisión con cargo a reservas. Para la autora «estas proceden generalmente de beneficio obtenidos y no distribuidos a los accionistas, pero una vez incorporados a las mismas, pierden dicho carácter, para pasar a formar parte del patrimonio social. Por eso, no se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión con cargo a dividendos». A ello añade que «el Código civil no establece derecho de reembolso para caso de emisión de acciones con cargo a reservas, porque se considera que estas no son fruto al que tenga derecho la sociedad de gananciales; a esta solo puede corresponderle los dividendos que se repartan, siendo la Junta quien decidirá cuando los beneficios tendrán ese destino o se incorpora a reservas». Si bien, lo expuesto, se muestra partidaria del establecimiento en el Código civil de una norma similar al artículo 68.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 128 del TRLSC) en la sociedad de gananciales, aunque advierte que «la misma encontraría el inconveniente que, en principio, los créditos de la sociedad contra un cónyuge se liquidan una vez disuelta la sociedad de gananciales, lo cual puede hacer muy complicado averiguar qué parte de las reservas corresponderían a la sociedad de gananciales por proceder de beneficios producidos durante su vigencia»⁹⁷.

Y, tras la citada sentencia, se pronuncia favorablemente a la doctrina fijada en la misma, MELLADO RODRÍGUEZ que, después de señalar que, nos encontramos ante una sentencia que surge por un tema civil y que se resuelve con principios mercantiles (el carácter de las reservas sociales), indica que «estamos ante una sentencia que unifica el criterio de las Audiencias Provinciales (lo cual es de agradecer), que resuelve el vacío legal existente y que tendrá una gran aplicación práctica». Y asimismo que, «la importancia de la resolución comentada

va a venir en los casos de disoluciones matrimoniales. Es frecuente que uno de los cónyuges, autónomo, ejerza su profesión a través de una sociedad limitada, bien como socio único o en una sociedad familiar y que la propiedad de esas participaciones sea privativa por haberse constituido la sociedad o adquirido las participaciones, antes del matrimonio, o por haberlas adquirido, constante matrimonio, por vía de herencia o donación. Ante la disolución contenciosa de la sociedad de gananciales surgirá el problema de la valoración de esas participaciones, y en concreto de si se consideran los beneficios, destinados a constituir reservas sociales, como gananciales o privativos. La sentencia comentada da la pauta para resolver el conflicto. *"Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere"*»⁹⁸.

En este contexto, en relación con la cuestión controvertida sobre el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno solo de los cónyuges, y, por lo tanto si, una vez disuelta la comunidad ganancial, existe un derecho de crédito contra el cónyuge accionista o partícipe por las ganancias sociales no repartidas, es claro que, existe un vacío legal en nuestro artículo 1352 del Código civil. No se duda que son privativas las acciones o participaciones sociales que corresponden a uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos, como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir como establecen los artículos 1446.1 y 1352 del Código civil, solo, si para el ejercicio del derecho de suscripción, se utilizasen bienes gananciales o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, como señala el último párrafo del citado artículo 1352 del Código civil. Pero estas normas no resuelven la cuestión controvertida y, que ha dado lugar a discrepancia de criterio en el seno de nuestras Audiencias Provinciales. Por otra parte, el Tribunal Supremo señala que, las sociedades de capital son ante todo, personas jurídicas y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí. En este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la Junta General decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico y por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reserva o el reparto de dividendos. Las reservas no se pueden, pues, identificar sin más como frutos de los rendimientos de un bien productivo y como tales gananciales, en tanto en cuanto pertenece a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto del correspondiente a los socios y sometidas a un concreto régimen jurídico societario. Asimismo, las reservas que tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. Los dividendos, por el contrario, sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generen un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción. Y se inclina por la tesis que niega el carácter ganancial a las reservas que, permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad, con la particularidad de la existencia de fraude. En fin, concluye nuestro Tribunal Supremo, como doctrina jurisprudencial, unificando el criterio de las Audiencias Provinciales y optando por una postura más mercantilista y económica que civil lo siguiente: a) Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren

la condición de bienes gananciales; b) Los dividendos, cuyo reparto acordó la Junta General de socios, tiene naturaleza ganancial; c) No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma; d) En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrá reputar gananciales, y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común.

A esto hay que añadir que, nuestro Tribunal Supremo considera que a la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común, no se puede aplicar analógicamente la regulación específica sobre el usufructo de acciones o participaciones sociales de los artículos 127 y siguientes del TRLSC, en concreto del artículo 128, y por consiguiente considerar que, a la disolución de la sociedad, el cónyuge socio sea deudor por el incremento del valor de las acciones o participaciones sociales respecto de una reservas expresada en el balance. Todo ello pese al reconocimiento de una laguna legal en el artículo 1352 del Código civil.

Resuelta un hecho claro que en el supuesto que uno de los cónyuges fuera usufructuario de acciones o participaciones sociales conforme al artículo 127 del TRLSC, los frutos devengados durante el matrimonio sería comunes según establece el artículo 1349 del Código civil y la sociedad de gananciales tendría derecho a la aplicación del artículo 128 del TRLSC que, no se ostentaría cuando el otro cónyuge fuera titular exclusivo de las acciones o participaciones sociales y no un simple usufructuario.

Por otra parte, como define LINACERO DE LA FUENTE la analogía consiste «en resolver un caso no regulado normativamente mediante la aplicación de un principio que informa otra disposición legal reguladora de una cosa distinto pero semejante»; y requiere, como precisa, asimismo esta autora de los siguientes requisitos: «1. Que nos encontremos ante un caso no regulado normativamente; 2. Que exista una norma reguladora de un supuesto distinto; y 3. Que entre el caso previsto y el no previsto en la ley exista similitud o identidad sustancial»⁹⁹. En todo caso, hay que distinguir entre analogía *legis* que supone aplicar una norma jurídica concreta; y analogía *turis* que se obtiene por aplicación de los principios generales del Derecho.

Estaríamos en este supuesto ante una analogía *legis*. La propia exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de ley, el texto articulado del título preliminar se refiere a ella como «(...) *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 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 de similitud, al supuesto no previsto*». Lo cierto es que, el Tribunal Supremo reconoce el vacío normativo existente al respecto, al no hallarse contemplado expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinado a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil. A nuestro entender se dan los requisitos de la analogía que, hemos expuestos en líneas precedentes, como método de integración del ordenamiento jurídico, llenando o completando las lagunas legales. Una normativa similar la tenemos en el artículo 128 del TRLSC por lo que

podía resultar aplicable. Si bien, nuestro Tribunal Supremo niega expresamente dicha aplicación analógica, pues, señala que, no existe similitud o identificación sustancial, pues, el usufructo regulado en el TRLSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo del dominio que, se puede constituir por acto *inter vivos* o *mortis causa*, tanto a título oneroso como gratuito y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo establecido en el título constitutivo y en su defecto, por lo previsto en el TRLSC y supletoriamente el Código civil. Por lo que, no considera aplicable la regulación del TRLSC relativa al usufructo de acciones y participaciones sociales a la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común. Sin embargo, atendiendo a la frecuencia de la constitución de sociedades familiares o controlada por uno de los cónyuges como socio único o mayoritario pueden adoptarse acuerdos sociales que durante varios ejercicios económicos los beneficios se destinen a reservas sociales en lugar de al reparto de dividendos, perjudicando con ello al socio minoritario, nuestro Tribunal Supremo califica este comportamiento como fraudulento y exige la aplicación del precepto que se pretende eludir. En este caso, sin embargo, la Sala sí acude a la jurisprudencia societaria relativa al usufructo. No se entiende que en este caso, sí se advierta cierta similitud o identidad sustancial, cuando hubiera bastado con remitirse para sancionar tal comportamiento a lo regulado en los artículos 1390 y 1391 del Código civil. Todo ello sin perjuicio de aplicar o no la doctrina del levantamiento del velo para el caso de sociedades personalistas —dependiendo de si existe o no confusión entre el patrimonio del socio y de la sociedad de la que forma parte—¹⁰⁰.

En todo caso, aunque como indica la doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal de no aplicabilidad de la norma mercantil del artículo 128 del TRLSC, si se debería, en nuestra opinión, regular expresamente esta situación, pues, como reconoce el propio Tribunal Supremo, en las sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único o mayoritario, se puede perjudicar al cónyuge no socio o socio minoritario y a la propia sociedad de gananciales, cuando se adoptan acuerdos sociales durante uno o varios ejercicios económicos, en que, como hemos señalado, los beneficios se destinen a reservas y no al reparto de dividendos que, serían frutos de bienes privativos y pertenecientes a la sociedad de gananciales. Estaríamos ante comportamientos abusivos, fraudulentos que determinarían la aplicación del artículo 6.3 del Código civil y la norma que se pretende eludir y, lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código civil si el cónyuge que hubiera obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor de la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto; o ejercitar la acción rescisoria cuando el tercer adquirente hubiera procedido de mala fe.

Si se da estos supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales, incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común. En cierta forma, el Tribunal Supremo, reconoce que pudieran esos beneficios destinados a reservas sociales considerarse gananciales; si bien, en un caso concreto, como es, la existencia de un comportamiento abusivo, fraudulento del cónyuge socio.

Ciertamente, es frecuente la existencia de este tipo de sociedades familiares, pues, casi todas las PYMES españolas, que representan el 90% del tejido empresarial junto a los autónomos (empresarios individuales), tienen tal consideración.

En fin, nos parece oportuno señalar que, la constitución de fondos de reserva responde a decisiones autónomas adoptadas por las sociedades de capital; si

bien, en otras ocasiones vienen normativamente impuestas, en el caso de reservas legales o derivadas de una disposición de los estatutos asociales que, lo exijan expresamente. Por tanto, las reservas pueden ser voluntarias, legales o estatutarias. Y, asimismo, puede hallarse justificada su constitución por la necesidad de autofinanciación, ante las dificultades de encontrar financiación externa, o asegurar un colchón de solvencia frente a los acreedores sociales, o para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios económicos anteriores. En estos casos existe un interés justificado en destinar los beneficios a reservas y no proceder a su reparto por ejemplo, en forma de dividendos, y que se adopten acuerdos en tal sentido por la Junta General de acciones o de socios, y entendible que el cónyuge socio vote a favor de su adopción.

No obstante, esta doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo en la resolución analizada en líneas precedentes, en sentencia también del Pleno de la Sala de lo Civil de este mismo Alto Tribunal, de 28 de julio de 2020¹⁰¹, sin embargo, se protege la situación del cónyuge minoritario ajeno a la familia en un caso de liquidación de la sociedad de gananciales y de una sociedad limitada de carácter familiar, llevando a cabo para ello una interpretación flexible de los artículos 1061 y 1062 del Código civil. Al respecto establece que «a la vista de los hechos probados debemos partir de los datos que singulariza el supuesto litigioso, en el que el activo está integrado por una parcela y las 92 participaciones sociales. Estas participaciones suponen el 46% de la sociedad Xamons Martínez S.L. que, según se ha declarado probado, es una sociedad familiar «incluida su llevanza y gestión, desempeñada siempre por los dos hermanos» (el exmarido y su hermano). Ha sido probado o no discutido que otras 92 participaciones, 45% del capital social, pertenecen al hermano del exmarido y el resto de participaciones (8%) son privativas del exmarido». El exmarido junto a su hermano se dedican profesionalmente a la empresa, siendo ellos quienes la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones. Con tal base fáctica, entiende la Sala que «atribuir a la Sra. Dolores un paquete minoritario de participaciones y convertirla en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas participaciones en tales condiciones. Tal solución, en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de indivisión no deseadas». Asimismo, considera que «la otra alternativa propuesta por el Sr. Segundo, la venta en pública subasta de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace igualmente ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. Al escaso interés que puede despertar la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos (pues no hay que olvidar el porcentaje privativo del recurrente) debe sumarse que, aunque no existan restricciones estatutarias a la transmisión de las participaciones, la subasta no podría eludir la aplicación de las disposiciones legales sobre transmisión de las participaciones sociales, lo que aún puede desalentar más a los terceros a interesarse por tal adquisición. En definitiva, el resultado más que probable ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios y por una cantidad muy inferior a la que se han valorado». Por otra parte, manifiesta la Sala que «no son atendibles las alegaciones del recurrente que no dispone de dinero para compensar a la Sra. Dolores por el valor de la mitad de las participaciones gananciales». Además procede señalar que «por un lado, en la aplicación del criterio de la “posible

igualdad” en los lotes (art. 1060 CC) no puede prescindirse de la naturaleza de los bienes y de las circunstancias concurrentes. En el caso, las consecuencias de una subasta que se acordara para lograr la igualdad formal afectarían de manera muy diferente, de una parte, a quien, tras el divorcio quede fuera de la empresa familiar y, de otra, a quien es socio administrador y desempeña en ella su trabajo personal; y por otro, el artículo 1062 del Código civil exige que el metálico con el que deba compensar el partícipe al que se adjudica el bien, debe existir en el haber partible, lo que resulta lógico dada la naturaleza fungible del dinero». Por ello, concluye la sentencia que «no puede esgrimirse la ausencia de liquidez actual frente a la alternativa de una subasta que, por las razones expuestas, conduciría a una prolongación de la indivisión o, en última instancia, a una adquisición de las participaciones por un valor muy inferior al fijado por el contador partidario designado judicialmente en contra de la finalidad perseguida por los artículos 1060 y 1061 del Código civil». En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida.

Ahora bien, a esta resolución se presentó voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG, al que se adherieron los Excmos. Sres. Magistrados D. Ignacio SANCHO GARGALLO y D. Juan María DÍAZ FRAILE. En primer lugar, los magistrados discrepantes consideran que se genera un precedente innecesario y contraproducente en las liquidaciones de las sociedades legales de gananciales, en los supuestos muy frecuentes en que la actividad de uno de los cónyuges se lleva a efecto por medio de una sociedad mercantil y en los que las acciones o participaciones sociales son gananciales, sí se impone la forzosa adquisición de las mismas al cónyuge que gestiona el objeto social, con obligada compensación de su valor al otro cónyuge y se le niega además la posibilidad de optar por la venta en pública subasta». En segundo lugar, señala que, «igualmente se abre un frente en la interpretación del artículo 1062 del Código civil, que permite obligar a un copartícipe en una herencia, comunidad de bienes o liquidación de un régimen económico matrimonial a soportar la adquisición forzosa de un bien inventariado de naturaleza indivisible, negándole la posibilidad legal de solicitar su venta, sin constatación de una situación de abuso del derecho por su parte». Por último, manifiestan que «el contador no puede imponer una adquisición forzosa del copartícipe de la comunidad en liquidación, además en el presente caso del bien con creces de mayor valor del haber común en contra de su expresa y justificada oposición, a modo de una especie de expropiación forzosa a la inversa en el ámbito del derecho privado, que limite y cercene su libertad de decisión y gestión patrimonial, siendo la libertad un valor superior de nuestro ordenamiento jurídicos (arts. 1 y 10.1 de la CE)».

Aunque por razones de espacio esta sentencia será objeto de un tratamiento más exhaustivo en otro estudio, nos parece oportuno señalar que, en ella se resuelven cuestiones relativas a la posición de un socio minoritario en una liquidación de la sociedad de gananciales, donde uno de los bienes del activo son participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada de carácter familiar en que son socios el exmarido y un hermano. Con el objeto de proteger al posible socio minoritario, primero se parte de una interpretación flexible que realiza la Sala de lo Civil respecto de los criterios recogidos en los artículos 1061 y 1062 del Código civil cuya aplicación está en función de la entidad objetiva de los bienes que se van a dividir en cada caso. La posible igualdad de los lotes (art. 1061 CC), como muestra el artículo 1062 del citado cuerpo legal, solo juega cuando los bienes sean divisibles o no desmerezcan mucho en su división. A continuación, se pone de manifiesto que, la exigencia de acudir a la venta en pública subasta cuando

lo pida uno de los partícipes por ser la cosa indivisible o desmerecer mucho por su división requiere como expresa el artículo 1062.2 del Código civil que, la venta se haga con la admisión de licitadores extraños. Ahora bien, para la Sala no resulta razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes, cuando dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado. Por ello lo que, importa para el Tribunal Supremo es que, el valor en venta de unas participaciones de una sociedad como las que nos ocupa, que no tengan correspondencia con su valor nominal, perjudicaría a quien, como consecuencia del divorcio, va a salir de la empresa familiar. De ahí que, atendiendo al escaso interés que puede despertar en un tercero la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos, y, asimismo, que ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable para la adquisición, acabaría siendo realizada por los propios socios y por una cantidad muy inferior a su valoración. Lo que determina que, la solución propuesta por el contador partidor y aprobada por la Audiencia Provincial sería la más razonable. Así, por una parte, la igualdad de lotes a que se refiere el artículo 1061 del Código civil no es matemática o absoluta sino relativa, una recomendación, porque en cada caso hay que valorar las particulares condiciones de los bienes que integran el caudal y de los partícipes e interesados en la partición; y por otra que, el artículo 1062 permite atribuir a uno de los partícipes los bienes compensando al otro en dinero o con otros bienes. Ciertamente, que, el contador partidor designado judicialmente pueda imponer al exmarido socio la adquisición forzosa de la mitad de las participaciones sociales que se adjudiquen a su exesposa, aun desconociendo su capacidad económica para ello que, es negada expresamente por el exmarido, supone un cambio de jurisprudencia en la interpretación del artículo 1062 del Código civil. Además, se puede considerar que, este acto que realiza el contador partidor, se sale de sus atribuciones particionales —dividir los bienes del activo inventariado— y, responde más a un acto de disposición, facultad de la que este carece, al imponer la adquisición forzosa de un bien común al exmarido, pese a ser su voluntad contraria a ello que, ha exteriorizado expresamente. Todo ello unido a la posible falta de capacidad económica del exmarido-recuriente y a sus eventuales dificultades de financiación. No obstante, también es cierto que, dejar a la esposa como socia minoritaria en una sociedad controlada por su exmarido y ex cuñado, sería obligarla a una especie de vinculación perpetua y sin poder de decisión. En todo caso, me parece razonable la propuesta realizada por los magistrados firmantes del voto particular sobre la posibilidad en subasta pública de señalar un precio fijo límite de adquisición y determinar las concretas condiciones de venta encaminadas a la obtención de un precio satisfactorio para las partes.

Ahora bien, en este contexto, parece resolver en sentido contrario a la nueva doctrina jurisprudencial sobre los beneficios no repartidos constante la sociedad de gananciales establecida en la Sentencia de 3 de febrero de 2020, en un caso que, se puede considerar en apariencia idéntico, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020¹⁰²; aunque hay un matiz que, claramente justifica el trato diferencial que, se da a las reservas sociales en ambas resoluciones. Se trata del reconocimiento de un crédito ganancial por la adjudicación a los cónyuges de participaciones sociales privativas con cargo a reservas. El procedimiento se inició por escrito de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, disuelta por Sentencia de divorcio de 22 de octubre de 2009, dando lugar a los autos de liquidación del régimen económico matrimonial. Cada cónyuge era titular de una parte del ca-

pital social de una entidad mercantil y el resto del capital social tenía carácter ganancial. Sin embargo, la participación mayoritaria era la privativa de uno de los dos cónyuges. Vigente la sociedad de gananciales, la sociedad mercantil llevó a cabo varios aumentos de capital con cargo a reservas (en concreto tres operaciones, dos de ellas mediante la emisión de nuevas participaciones y una tercera mediante el aumento de valor de las participaciones existentes). Las nuevas participaciones sociales fueron asignadas a la sociedad de gananciales y a los litigantes en proporción al porcentaje que les correspondía en la titularidad del capital social. La cuestión controvertida es si procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el crédito derivado de esa adjudicación a los cónyuges de participaciones sociales privativas con cargo a reservas. Pues bien, la Sala recuerda que «el aumento de capital social es aquella operación societaria que, además de incrementar la cuantía de dicho capital supone una correlativa modificación estatutaria, en tanto en cuanto su montante económico constituye una mención necesaria en los estatutos sociales, con la correlativa indicación de las concretas participaciones o acciones en que se divide, valor nominal de las mismas y su numeración (art. 23 d) de la Ley de Sociedades de Capital). El incremento del capital social se puede realizar a través de distintos procedimientos técnicos, bien sea por creación o emisión de nuevas participaciones o acciones, o mediante la elevación del valor nominal de las ya existentes (art. 295.1 de la LSC). El contravalor, que respalda dicho aumento, puede verificarse a través de aportaciones económicas dinerarias (art. 299 de la LSC), no dinerarias (art. 300 de la LSC), tener como contrapartidas activos ya existentes en el patrimonio social como beneficios o reservas (arts. 295.2 y 303 de la LSC); o llevarse a efecto, igualmente, por el mecanismo de compensación de créditos (art. 301 de la LSC) y, en las sociedades anónimas, además, por medio de la conversión de obligaciones en acciones (arts. 303 y 414 a 418 de la LSC). En este caso, no ofrece duda que, el incremento del capital social se llevó a efecto por una doble vía, la emisión de nuevas participaciones sociales y el incremento del valor nominal de las mismas. Igualmente, no se discute que la aportación de fondos, para cubrir el incremento del capital social y correlativa emisión de las nuevas participaciones sociales, se llevó a efecto a cargo de reservas». Asimismo, la Sala indica que, el derecho de suscripción preferente de las nuevas participaciones sociales no opera cuando el aumento del capital social se lleva a efecto con recursos propios de la sociedad mercantil como son las reservas societarias, disfrutando, en tal caso, los socios del derecho de asignación gratuita de los nuevos títulos. Por su parte, el artículo 1352.2 del Código civil establece que, si para el pago de la suscripción preferente se utilizaren fondos comunes, o se emitieran acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho, siendo este último el caso de autos, en que para proceder al aumento del capital social, vigente la sociedad ganancial, se emitieron nuevas participaciones, que fueron adjudicadas tanto a la sociedad ganancial, como a cada uno de los consortes privativamente. Por consiguiente, concluye el Alto Tribunal que «se generó un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en tanto en cuanto las reservas, que encierran beneficios no repartidos, fueron aplicadas a adjudicar a los cónyuges participaciones de su exclusiva titularidad; mientras que, por el contrario, las reservas destinadas a la emisión y adjudicación de participaciones gananciales no generan ningún derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal, al convertirse precisamente en bienes de aquella naturaleza, que será objeto del oportuno reparto en las operaciones liquidatorias, sin generar ningún derecho de crédito de la sociedad de gananciales».

Efectivamente, el Tribunal Supremo estima el recurso y advierte que ello no supone infracción de la doctrina de la citada Sentencia del Pleno de 3 de febrero de 2020, en la que, como bien sabemos, se determina el carácter no ganancial de las cantidades existentes destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, mientras que, en este caso, se utilizaron para la creación y atribución de títulos privativos a los cónyuges vigente dicho régimen económico matrimonial. Estamos ante un caso en que el resultado ha sido aplicado, por lo que la reserva no ha quedado pendiente de repartir, sino que la sociedad ha decidido aplicarla en una concreta adjudicación de participaciones sociales o en el aumento del valor de estas. Por tanto, se cumple la regla del artículo 1352 párrafo segundo del Código civil y se genera un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales y a cargo del cónyuge titular de las participaciones privativas.

VI. LA EJECUCIÓN POR UN CÓNYUGE DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DE ACTOS FRAUDULENTOS

El artículo 1390 del Código civil regula las consecuencias que se derivan de los actos de disposición o de administración realizado por uno de los cónyuges, obteniendo un beneficio o lucro exclusivo para él, u ocasionando dolosamente un daño para la sociedad. Este precepto guarda relación con la responsabilidad de los cónyuges como administradores o gestores de la sociedad de gananciales, aunque en este supuesto operemos sobre la base de un acto de gestión individual de gananciales. En todo caso, aunque cada cónyuge está legitimado para disponer o administrar bienes propios, esto no impide que, pueda aplicarse el artículo 1390 del Código civil, si se da el supuesto de hecho previsto en la citada norma; al igual que, si no impugnándose el acto realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando resulta preceptivo (art. 1322 CC), pueda, asimismo, acudirse a lo dispuesto en el artículo 1390 del Código civil para obtener la íntegra reparación del daño¹⁰³.

Ahora bien, partimos de un acto de administración o disposición de uno solo de los cónyuges que, puede tener lugar tanto en los casos en que la propia Ley autorice a realizar tales actos en caso de gestión individual de bienes gananciales; o en el caso de gestión conjunta de tales bienes, se actúa sin el consentimiento del otro cónyuge¹⁰⁴. El nivel de diligencia implica el deber de comportarse *ex bona fide* como administrador¹⁰⁵; aunque no faltan autores, que entienden que, una mínima diligencia exigible se traduce en una responsabilidad cuando el cónyuge administrador incurra en culpa grave o lata y no en culpa leve¹⁰⁶.

Por otra parte, aunque se parte de la realización de actos de disposición o administración de bienes gananciales, la doctrina se ha planteado la aplicabilidad del citado artículo 1390 del Código civil también a los supuestos de adquisición de bienes por uno de los cónyuges con dinero ganancial previsto en el artículo 1384 del mencionado cuerpo legal, dando una respuesta afirmativa, si dicho acto adquisitivo supone la obtención de un lucro o beneficio exclusivo del cónyuge disponente, o causa dolosamente un daño a la sociedad de gananciales¹⁰⁷.

Como hemos indicado, el supuesto de hecho sobre el que descansa el citado precepto es doble, por un lado, que ha de tratarse de la obtención de un beneficio o lucro exclusivo por uno de los cónyuges y ninguno para la sociedad de gananciales, operando sobre actos de disposición y administración de bienes gananciales.

En este supuesto, lo que se sanciona no es el lucro o beneficio logrado por un cónyuge, sino que lo gane para él mismo, se aproveche de él exclusivamente y no lo entregue o lo comunique a la sociedad —sin que sea necesario un comportamiento doloso del cónyuge administrador—, cuando se está administrando o disponiendo de bienes gananciales¹⁰⁸; y por otro, la causación dolosa de un daño a la sociedad de gananciales que, ha de probarse por el consorte perjudicado¹⁰⁹. No se incluye para una parte de la doctrina ni la culpa grave ni la negligencia; en todo caso, esta última, puede determinar la disolución de la sociedad de gananciales, cuando uno de los consortes la solicite judicialmente ante la realización por sí solo del otro cónyuge «de actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad» (art. 1393.2 CC) y, asimismo, se trate de un comportamiento del cónyuge reiterado¹¹⁰. Si bien, no faltan quienes entienden que, se debe poner el artículo 1390 en relación con el artículo 1366 del Código civil¹¹¹; o que la culpa grave, al equipararse al dolo, acaso se pueda incluir en el artículo 1390 del Código civil¹¹².

Asimismo, excepcionalmente, se puede considerar la inclusión en el tenor literal del artículo 1390 del supuesto concreto de una administración individual negligente de bienes privativos por el cónyuge titular de los mismos que, impiden la eventual entrada de ingresos en la sociedad de gananciales y que formen parte de su activo¹¹³. En todo caso, el daño puede afectar a un bien, como a los intereses del consorcio¹¹⁴.

En este contexto, la consecuencia jurídica que se deriva del citado artículo 1390 es que teniendo lugar cualquiera de los dos supuestos expuestos, el cónyuge actuante se convierte en deudor de la sociedad por su importe. Se trata de una obligación pecuniaria que consiste en el caso de lucro exclusivo en el enriquecimiento derivado del mismo, y en el caso de daño doloso a la sociedad de gananciales en la valoración económica de tal daño. Estamos, en todo caso, como dispone la doctrina mayoritaria, de una deuda de valor que, alcanza al daño emergente no al lucro cesante y, la misma podrá ser exigida o por el otro cónyuge, o eventualmente, por los acreedores de la sociedad de gananciales¹¹⁵.

Normalmente, se exigirá el cumplimiento de esta obligación pecuniaria y, en consecuencia, se procederá a la reclamación contra el cónyuge causante del daño o que se ha beneficiado del lucro exclusivamente en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; aunque parece no haber inconveniente de solicitarse antes de tal momento con el objeto de evitar un daño aún mayor para la sociedad de gananciales¹¹⁶.

De todas formas, la operatividad del artículo 1390 del Código civil tiene lugar, aunque el cónyuge perjudicado no impugne, cuando proceda, la eficacia del acto¹¹⁷. Por tanto, si el acto no se impugna o se ratifica, ello no impide al cónyuge perjudicado, exigir del cónyuge actuante el importe del lucro obtenido o del daño causado¹¹⁸.

Por otra parte, el artículo 1391 del Código civil remite al artículo 1390 y se refiere al supuesto que uno de los cónyuges hubiera realizado un acto en fraude de su consorte donde si, además, el adquirente hubiera procedido de mala fe, el acto será rescindible¹¹⁹. Supone la entrada de un tercero que ha actuado de manera cómplice con el cónyuge disponente con el objetivo de defraudar los derechos de su consorte¹²⁰. El artículo 1391 del Código civil opera sobre actos fraudulentos, no sobre actos dolosos y abusivos, que son los que sanciona el artículo 1390 del mismo cuerpo legal¹²¹.

Además de los supuestos previstos en el citado artículo 1390 —lucro exclusiva para el cónyuge o actos dolosos causante de daños para la sociedad— se incluyen

los casos de actuación individual sin necesitar el consentimiento del otro cónyuge, siempre que se trata de actos de disposición o administración fraudulentos y un tercero que opera de mala fe¹²².

Ciertamente, como precisa ATIENZA NAVARRO «debe haber una intención fraudulenta que busque perjudicar los intereses del otro cónyuge, y producir una ventaja para el que actúa, para un tercero, o incluso podría no haber ventaja»¹²³.

Ahora bien, existiendo fraude el cónyuge perjudicado puede optar por ejercer la acción de rescisión que, en este caso no opera como remedio subsidiario contra el tercero o el cónyuge actuante; o por no impugnar el acto y aplicar el artículo 1390 del Código civil exigiendo a este último el importe del lucro exclusivo o del daño dolosamente causado a la sociedad¹²⁴.

No obstante, como acertadamente señala REBOLLEDO VARELA el cónyuge perjudicado puede sostener dos pretensiones acumulables con el objeto de conseguir un resarcimiento integral de los derechos de aquel en la sociedad de gananciales: frente al tercero instar la rescisión por fraude y contra el cónyuge el artículo 1390 del Código civil¹²⁵. Esencialmente, el cónyuge perjudicado tiene un doble remedio: el del artículo 1390 del Código civil; y, además, la acción rescisoria¹²⁶.

Sobre tales bases, conviene precisar que, estamos ante actos fraudulentos realizados por uno de los cónyuges sobre bienes gananciales; de ahí que, resulten aplicables los artículos 1390 y 1391 y la acción rescisoria para estos supuestos exclusivamente¹²⁷. Esta acción rescisoria se regirá por las reglas de los artículos 1290 y siguientes del Código civil.

De tratarse de actos de disposición sobre bienes privativos, salvo que se trate de vivienda y ajuar familiar (art. 1320 CC), no será rescindible aunque el tercero sea de mala fe, pero se podrá operar por la vía del artículo 1390 del Código civil.

Se parte del tercero de mala fe, esto es que, haya actuado *consilium fraudis* —con conocimiento que causa fraude a los derechos del consorte y es cómplice en el fraude— y, si bien, se indica en el artículo 1391 que se trata de tercero adquirente, cabe para la doctrina que, tal precepto se aplique también cuando el tercero sea disponente¹²⁸.

En todo caso, la doctrina mayoritaria afirma que, si el acto es a título gratuito, será posible la rescisión aunque el tercero hubiera procedido de buena fe (art. 1378 CC)¹²⁹.

En este contexto, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2020 hace referencia a los supuestos de comportamiento fraudulento del cónyuge titular de las acciones y participaciones sociales y a su tratamiento específico. Al respecto dispone que «en sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único (art. 12 de la LSC) o mayoritario pueden adoptarse acuerdos sociales con la aviesa finalidad de que los beneficios de uno o varios ejercicio económicos, se destinen a reservas, para hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, en concepto de frutos de bienes privativos, corresponderán a la comunidad de gananciales de la que participa el cónyuge no titular.

Un comportamiento de tal clase, en atención a las circunstancias concurrentes, podría ser considerado en fraude de ley (art. 6.4 CC) y determinará la aplicación del precepto que se pretendiera eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 CC)». Refiriéndose al usufructo y a su posible aplicación a este supuesto por su cierta similitud manifiesta precisamente que «la jurisprudencia societaria, contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1974, de 16 de julio de 1990 (RJ 1990, 5887) y de 28 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4070), ha re-

conocido que el derecho del usufructuario no podría quedar vacío de contenido por el abuso de derecho del nudo propietario y ello aun cuando la decisión de aplicar los beneficios a reservas favoreciera los intereses sociales y la acción del usufructuario se fundara bien en la prohibición de enriquecimiento injusto, bien en el artículo 1258 del Código civil o bien en su artículo 1256. En definitiva, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 125/2012, de 20 de marzo (*RJ* 2012, 5126), en cuanto a la jurisprudencia, no cabe duda que su sentido general es que el derecho de usufructo no queda vacío de contenido, en perjuicio del usufructuario por la doble circunstancia que la sociedad, merced al voto del nudo propietario, acuerde no distribuir dividendos y, al mismo tiempo, no haya compensación alguna en favor del usufructuario a la finalización del usufructo».

Por tanto, aplicando ahora sí por la Sala «esta jurisprudencia que rige en materia de usufructo de acciones y participaciones sociales»; indica que en esta línea «no puede ampararse la actuación fraudulenta del cónyuge titular directamente encaminada a evitar el reparto de dividendos, con la intención que no se integren en el haber común de la sociedad de gananciales en la que participa el otro cónyuge, como integrante o copartcipe de la misma (art. 1344 CC)».

Si bien, además de esta doctrina jurisprudencial procede, además, la aplicación de lo normado en los artículos 1390 y 1391 del Código civil.

Es por lo que entre sus conclusiones dispone que «en los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común». En este caso, los beneficios o reservas no repartidas para el Tribunal Supremo, igual que, sucede con el usufructo de acciones o participaciones sociales, se consideran gananciales¹³⁰.

Efectivamente, si se trata de una sociedad familiar y uno de los cónyuges tiene mayoría social para conformar en un determinado sentido la voluntad de la sociedad; si adopta de forma continua que, no se repartan beneficios, reinvirtiéndolos en la sociedad o destinándolos a reservas sociales, y se prueba la existencia de una intencionalidad o ánimo de fraude en el cónyuge socio mayoritario, o no existe justificación para el no reparto, los beneficios no repartidos se consideran gananciales y se incluyen en el activo de la liquidación de la sociedad de gananciales¹³¹.

En fin, como hemos expuesto en líneas precedentes, se puede solicitar la acción de resarcimiento prevista en el artículo 1390 del Código civil; o solicitar la rescisión de actos lesivos realizados en fraude del otro cónyuge (art. 1391 CC); pedir la disolución de la sociedad de gananciales; o incluso, pedir en cualquier momento por el cónyuge afectado por la administración llevada a cabo por uno de uno de los cónyuges respecto de los bienes que se encuentren bajo su poder, se transforme en un administración conjunta o cogestión¹³².

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1987.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 2011.

- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2011.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 28 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2021.
- RDGRN de 16 de abril de 2003.
- RDGRN de 25 de noviembre de 2004.
- RDGRN de 15 de junio de 2009.
- RDGRN de 19 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de agosto de 2010.
- SAP de Palencia, de 9 de julio de 1998.
- SAP de Palencia, sección Única, de 20 de marzo de 2000.
- SAP de Madrid, sección 22.^a, de 18 de noviembre de 2002.
- SAP de Cantabria, sección 3.^a, de 25 de febrero de 2003.
- SAP de Sevilla, sección 5.^a, de 31 de octubre de 2003.
- SAP de Valencia, sección 10.^a, de 17 de junio de 2004.
- SAP de Islas Baleares, sección 3.^a, de 21 de abril de 2005.
- SAP de Islas Baleares, sección 3.^a, de 29 de abril de 2005.
- SAP de Valladolid, sección 3.^a, de 20 de octubre de 2005.
- SAP de Jaén, sección 3.^a, de 28 de abril de 2006.
- SAP de A Coruña, sección 5.^a, de 5 de mayo de 2006.
- SAP de Ávila, sección 1.^a, de 17 de abril de 2007.
- SAP de Cádiz, sección 5.^a, de 19 de septiembre de 2007.
- SAP de Salamanca, sección 1.^a, de 28 de diciembre de 2007.
- SAP de Guadalajara, sección 1.^a, 23 de enero de 2008.
- SAP de Murcia, sección 4.^a, de 22 de febrero de 2011.
- SAP de Pontevedra, sección 3.^a, de 17 de diciembre de 2012.
- SAP de Pontevedra, sección 3.^a, de 4 de marzo de 2013.
- SAP de Valencia, sección 10.^a, de 7 de mayo de 2013.
- SAP de Madrid, sección 21.^a, de 17 de diciembre de 2013.
- SAP de Guipúzcoa, sección 3.^a, de 11 de febrero de 2014.
- SAP de Palencia, sección 1.^a, de 4 de mayo de 2017.
- SAP de Asturias, sección 6.^a, de 15 de septiembre de 2017.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2002). La contradicción entre los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas relativos al usufructo de acciones, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid: Mc Graw Hill.
- (2020). Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero), *Revista de Derecho de Sociedades*, número 59, mayo-agosto, 335-344.
- ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario a los artículos 1381, 1390 y 1391 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

- DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1352, 1360, 1390 y 1391 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.^o, Madrid: Edersa.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A. (2002). El condominio y el usufructo. Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.^o, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario a los artículos 127 y 128 de la Ley de Sociedades de Capital. En: P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dirs.) y I. Ballester Azpitarte (coord.), *Tratado de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Bechetrit (dir.), E. Olmedo Peralta y A.F. Galacho Abolafio (coord.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedad de capital*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC en caso de acciones y participaciones sociales en usufructo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 152, octubre-diciembre, 129-163.
- HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 73, junio de 2020, 301-312.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons.
- LECIÑERA IBARRA, A. Concepto legal del usufructo. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (2020). Dividendo y usufructo de acciones. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Bechetrit (dirs.) y P. Márquez Lobillo y M.^a T. Otero Cobos-Zofia Bednarz (coords), *Derechos de Sociedades. Los derechos del socio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid: McGraw Hill.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.^a ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova.

- MARTÍNEZ SANCHEZ, J.Á. (2009). Reservas contables y sociedad de gananciales, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 52, diciembre, 11-37.
- MELLADO RODRÍGUEZ, M. (2020). Comentario a la STS 158/2020, de 3 de febrero. Carácter privativo de las reservas sociales, *El Notario del siglo XXI*, número 91/92, mayo-agosto, 192-196.
- MUÑOZ DELGADO, C. (2018). *Copropiedad de participaciones sociales y acciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo. En: R. Uría; A. Menéndez Menéndez y, M. Olivencia Ruiz (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV, vol. 3.º, Madrid: Civitas.
- PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario a los artículos 1352, 1390 y 1391 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario a los artículos 1360 y 1381 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- (1993). Comentario al artículo 1345 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos.
- REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario a los artículos 1344, 1352, 1360 y 1381 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales. En: A. Lecñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario a los artículos 1352 y 1360 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 3.ª ed., Madrid: La Ley.

NOTAS

¹ *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2009 (RJ 2009, 337095).

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 225.

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2016). La economía del matrimonio. Capituciones matrimoniales, *op. cit.*, 251. Para Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A. (2006).

Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos, 157 la idea de ganancia o beneficio «es esencialmente contable: ganancia es lo que queda después de detracer los gastos a que se halla sujeta la sociedad; LACRUZ BERDEJO J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, 151, por su parte, indica que «ganancias o beneficio como expresión de un resultado económico final, pero durante el matrimonio la masa común está formada, no por el exceso de capital actual sobre el capital inicial de los cónyuges, sino por las adquisiciones hechas con fondos cuyo origen privativo no se puede demostrar y por los frutos, sea de los bienes de los cónyuges, sea de su actividad». Además este autor indica que «el concepto de ganancia se suele hacer presente cuando a la disolución de la comunidad, la masa de gananciales ha de liquidarse», 154. Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, 182, indica al respecto que, las ganancias o beneficios que se obtienen durante la convivencia matrimonial «se comparten por mitad por ambos cónyuges, pero no cabe reparto alguno hasta el momento de la disolución de la sociedad de gananciales». En fin, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. Garrido de Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 327, entiende que «la acepción de «ganancias» se hace referencia al activo neto partible entre los cónyuges después de la liquidación de la sociedad de gananciales».

⁴ GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 311-312, destacando que «esta noción es admitida si no de forma expresa, sí al menos implícita también por quienes se declaran partidarios del régimen de comunidad» (...). En realidad, añaden «los obstáculos que impiden el reconocimiento actual de la sociedad de gananciales como forma específica de sociedad civil, son principalmente de origen histórico y doctrinal, centrados los primeros en el arrastre que suponen las concepciones tradicionales, hoy inservibles por haberse modificado los postulados en que asentaban y, en relación con lo anterior, de orden dogmático, relacionados con el difícil reconocimiento y juego de la sociedad civil en su auténtica configuración, significado y efectos y con el significado de la comunidad y sus efectos jurídicos».

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.*, 253; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 158; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 183; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1344 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9498. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967 (*RJ* 1967, 1871); y, de 8 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 1488); y las Resoluciones de la DGRN de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154); de 19 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 3758); y, de 17 de agosto de 2010 (*RJ* 2010, 5009).

⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 728.

⁷ Se trata de entidades sin personalidad jurídica a que se refieren los artículos 6 y 7 de la LEC cuya representación y defensa corresponde a cualquiera de los cónyuges (art. 1385.2 del Código civil, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 710.

⁸ GARDEAZABAL DEL RÍO F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 323; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 167; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 729.

⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 1345 del Código civil, *Comentarios del Código civil*, T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 637; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), *op. cit.*, 730. En esta línea, el artículo 197.3 del Código Foral aragonés cuando dispone que «en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de os derechos adquiridos por terceros». Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3420). En contra, la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 4035).

¹⁰ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 3293).

¹¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561) señala que, el artículo 1353 del Código civil establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por tercero a los cónyuges y exige para ello que concurren los requisitos previstos en el citado artículo: a) Que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; b) Que el donante no haya establecido lo contrario; 3. Que se trate de una presunción que admite prueba en contrario; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 29 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113349); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.^a, de 20 de octubre de 2005 (*JUR* 2006, 143747); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, de 28 de diciembre de 2007 (*AC* 2008, 1905); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, 23 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208477); de la misma Audiencia y sección, de 28 de febrero de 2008 (*AC* 2008, 1867); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, sección 3.^a, de 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 126153).

¹² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección Única, de 20 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 3629) vivienda en la que ha convivido el matrimonio adquirido por la actora exclusivamente con dinero privativo procedente de la indemnización percibida por el fallecimiento de su hijo no matrimonial y no reconocido por el demandado. Además, hay ausencia de declaración conjunta de ambos cónyuges atribuyendo el carácter ganancial al piso litigioso.

¹³ *RJ* 2020, 123.

¹⁴ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9561; del mismo autor, (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 83; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 352; MUÑOZ DELGADO, C. (2018). *Copropiedad de participaciones sociales y acciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 241.

¹⁵ GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 353.

¹⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 1982 (*RJ* 1982, 3428) establece que «(...) en cuanto a los beneficios es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que “fructifiquen”, y desde luego incluíbles en el número tercero del artículo 1401 del Código civil» (en la actualidad art. 1347.2 CC).

¹⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 17 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 36577).

¹⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9656). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 17 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 1994) inclusión en el activo del inventario en la liquidación de la sociedad de gananciales, pues, se trata de acciones adquiridas por esposa con cargo a gananciales. En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, de 21 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 114224).

¹⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a, de 19 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 60395); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.^a, de 16 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 76772).

²⁰ En todo caso, REBOLLEDO VARELA Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 31 precisa que «la ganancialidad de las empresas y establecimientos mercantiles que, recoge el artículo 1347 del Código civil, o en su caso, los adquiridos a un tercero, solo es predicable respecto de empresas individuales, que no reúnan forma societaria con personalidad jurídica propia. En este supuesto, la sociedad creada, en sí misma, así como la propia empresa de la que la sociedad es propietaria, no es ni ganancial ni privativa, calificación que solo es aplicable a las acciones o participaciones sociales de las que sean titulares los cónyuges (individual o conjuntamente),

dependiendo de la naturaleza de los fondos utilizados para la adquisición y, además, de las consecuencias específicas que, en su caso, deriven del artículo 1352 del Código civil».

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2311) señala al respecto que «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago». En el mismo sentido, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3521).

²² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, de 9 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1543); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 31454) carácter privativo de las acciones suscritas en ampliación de capital, pues la suscripción tuvo lugar disuelta la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 272266) no cabe reclamar como gananciales los frutos, rentas e intereses que procedan de bienes privativos, pues aquellos se produjeron después de la disolución de la sociedad legal; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 22 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 158662) fecha del acuerdo de reparto o distribución de dividendos por Junta de accionistas en un momento anterior a la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque el abono sea posterior, existe un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales.

²³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 191.

²⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 940.

²⁵ En esta línea, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 9563; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 164; PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 659.

²⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 84; en el mismo sentido, GARDEA-ZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, op. cit., 352.

²⁷ En este sentido, SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 941; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 85. Por su parte, HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 73, junio de 2020, 304 señala que «el valor del derecho de suscripción preferente (y, por ende, su precio de venta) no es otra cosa que la diferencia entre el valor real de las acciones y su valor nominal, que puede deberse a la existencia de reservas en la sociedad».

²⁸ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 659.

²⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 940.

Para Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 165, es por su valor bursátil; y, para De los Mozos, J.L. (1999). Comentario al artículo 1352 del Código civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 227, el desembolso consistirá en el valor nominal de las nuevas acciones.

Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5555).

³⁰ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1352 del Código civil, op. cit., 9564; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1352 del Código civil,

op. cit., 940; PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1352 del Código civil, *op. cit.*, 658; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 257; GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 354-355, añade el supuesto que «la sociedad acuerde que el crédito que ostentan los socios por beneficios que la Junta General ha acordado distribuir sea satisfecho con acciones de la sociedad; este último caso debe ser tratado como uno más de desembolso de las acciones con fondos comunes». Asimismo, manifiestan DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, 165-166, que «las ampliaciones con “carga a beneficios” es una idea vaga que, creemos no significa otra cosa que la ampliación con cargo a reservas sociales, cuando proceden de beneficios obtenidos por la sociedad y que ni fueron repartidos en su día a los accionistas por acuerdo de sus órganos sociales sino que se contabilizaron como reservas. Por ampliación de capital con cargo a ellas las lleva la sociedad a la cuenta de capital, aumentándolo y de ahí la necesidad de atribuir las nuevas acciones representativas de tal aumento a los accionistas, que se hacen privativas del propietario de las antiguas, pero ha de reembolsar el valor “satisfecho”». Y añaden «(...) las acciones se dan al accionista por llevar a la cuenta de capital social las reservas se pueden estimarse como un modo de mantener su posición en la sociedad en cuanto a su participación en el capital. Los beneficios vendrían cuando perciba dividendos por esas acciones que, desde luego serían gananciales por aplicación de las reglas generales».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 1982 (RJ 1982, 3428) dispone que «los “beneficios” es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo) pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que “fructifiquen” y desde luego incluibles en el número 3 del artículo 1401 del Código civil (en su versión anterior), mientras que por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es criterio que no pueden considerarse frutos o rendimiento del capital, como a veces se sostuvo y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron según establece la nueva redacción del artículo 1352 del Código civil, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter». Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de 28 de mayo de 2008 (JUR 2008, 274806) emisión de acciones con cargo a beneficios: derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales. Aplicación del artículo 1352 del Código civil.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 9623; del mismo autor, (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 101-102 y 103 precisa que «contextualizado en relación con una explotación o empresa, comprende no solo el concreto elemento material que se incorpora, sino también la plusvalía que ello supone en el conjunto de la empresa».

Para DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 281-282, manifiesta que «los supuestos de aplicación de este precepto esquemáticamente ordenados son los siguiente: a) Explotación o empresa privativa, bien que existiera antes del comienzo de la comunidad, bien que se haya constituido después con este carácter; b) Que la aportación sea común, puesto que la aportación privativa efectuada por el cónyuge que no sea titular de la explotación o empresa dará lugar a un derecho de reembolso, pero no a la aplicación de este precepto; c) Que la aportación común, cuando consista en dinero (o caudales comunes), se efectúe después que la explotación o empresa venga desarrollando su actividad regirá el artículo 1347.5; d) Que la aportación común, cuando consista en la actividad (trabajo o industria) del otro cónyuge, se tenga en cuenta cualquier a que sea el momento en que esta tengan lugar; e) Que el gasto o la actividad no vengan impuestos como una carga de la propia sociedad de gananciales (art. 1362.4 CC)».

³² SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 959.

³³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 193.

³⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid: McGraw Hill, 484 dispone en este sentido que «poniendo en relación el artículo 1360 con el artículo 1359, podemos deducir que por incremento patrimonial ha de estimarse todo aumento de valor derivado de la inversión de fondos privativos o gananciales o de la aplicación del trabajo de cualquiera de los cónyuges en el establecimiento. Por tanto, las fuentes de ese incrementos patrimonial son dos: el trabajo y el dinero». Si bien «hay que tener en cuenta que la aplicación del trabajo de uno de los cónyuges solo tendrá trascendencia a efectos de este precepto, si la empresa que resulta incrementada por esta causa, es privativa, puesto que el fruto de la industria de los esposos es siempre ganancial».

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 263. Por su parte, MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, *op. cit.*, 484-485 manifiesta al respecto que «para el correcto entendimiento del artículo 1360 del Código civil, el presupuesto de hecho en el que el mismo será de aplicación es doble: 1. Que una empresa o establecimiento de carácter ganancial sufra, una vez fundada, un incremento patrimonial generado por la inversión de fondos privativos (supuesto en que la remisión al art. 1359, habrá de entenderse realizada a su primer párrafo); 2. Que, una vez fundada, una empresa de naturaleza privativa, experimente un incremento patrimonial originado por la inversión de fondos gananciales o por la aplicación de la actividad de cualquiera de los cónyuges (caso en el que la remisión del artículo 1359, se entenderá realizada a su párrafo segundo)». *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.^a, de 11 de junio de 2001 (AC 2001, 1433).

³⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 9624; del mismo autor, (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 106; SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 959; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2010). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, 1500.

³⁷ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1360 del Código civil, *op. cit.*, 9624.

³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1360 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 679.

³⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 202.

⁴⁰ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 1013; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2016). *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 279.

Por su parte, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 533-534 entienden por actos de administración «los que se dirigen a la obtención de los rendimientos ordinarios que el bien es susceptible de producir y a su conservación y por actos de disposición «aquellos que sobrepasen el contenido de las facultades anteriores y afecten a la esencia o a la existencia del bien»».

⁴¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 202.

⁴² REBOLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 9757; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1381 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 732; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 1014 que precisa que «cuando las ganancias se traduzca en dinero, el cónyuge que las perciba estará legitimado por el artículo 1384 del Código civil para disponer de ellas individualmente».

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 224.

⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280.

⁴⁵ REBOLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 9759.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 224.

⁴⁷ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1381 del Código civil, *op. cit.*, 1015.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 279-280.

⁴⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 332.

⁵⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio. En: M.^a B. González Fernández y A. Cohen Bechtrit (dir.), E. Olmedo Peralta y A.F. Galacho Abolafio (coord.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedad de capital*, Valencia: Tirant lo Blanch, 193 y 197.

⁵¹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley, 832.

⁵² LECIÑERA IBARRA, A. Concepto legal del usufructo. En: A. Leciñera Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*, Madrid. La Ley, 53 y 63-64.

⁵³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 198.

⁵⁴ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 831.

⁵⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 1015 y 1018-1019. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 1982 (LA LEY 26814-NS/0000).

⁵⁶ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. En: P. Prendes Carril y A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dirs.) y I. Ballester Azpitarte (coord.), *Tratado de Sociedades de Capital*, T. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 738.

⁵⁷ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 848; GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1019-1020.

⁵⁸ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 841; GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 736 también distingue entre relaciones internas (las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario) y relaciones externas (las relaciones entre usufructuario/nudo propietario y la sociedad). Por su parte, señala, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2709) que «en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas: a) Las externas, que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos del socio que, por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad, pueden ser reguladas en sus estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que pudiera contener al respeto el título constitutivo del usufructo; b) Las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario que, estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos». En la misma línea, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1144).

⁵⁹ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1016 dispone, asimismo que «los usufructos de constitución legal son eficaces entre las partes (nudo propietario y usufructuario) frente a la sociedad, deberá satisfacer los requisitos previstos en el Texto Refundido»; GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 739 quien señala

que, la constitución *mortis causa* se puede producir por diversas vías: por formar parte del patrimonio hereditario; o por ser objeto de un legado genérico —legado de todas las acciones y participaciones sin distinguir— o concreto —legado de unas concretas acciones o participaciones de una sociedad familiar—.

⁶⁰ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 852-853

⁶¹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 853; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A. (2002). El condominio y el usufructo. Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley de Sociedades Limitadas, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw-Hill, 3429.

⁶² PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo. En: R. Uría; A. Menéndez Menéndez y, M. Olivencia Ruiz (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IV, vol. 3.º, Madrid: Civitas, 56-57; GARCÍA CANTERO, G. (1952). Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas, *Anuario de Derecho Civil*, 987-988.

⁶³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 200; GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1017.

⁶⁴ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 200-201.

⁶⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1017; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 201.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 832-835.

⁶⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 215.

⁶⁸ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 737.

⁶⁹ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 869.

⁷⁰ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5761); y de 7 de diciembre de 2011 (*RJ* 2012, 3521).

⁷¹ *Vid.*, SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). «Usufructo de acciones y participaciones sociales», *op. cit.*, 875. Sin embargo, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2018). El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC en caso de acciones y participaciones sociales en usufructo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 152, octubre-diciembre, 154-155 y 158 no comparte la idea general de que es preciso también que deba recabarse el consentimiento simultáneo del usufructuario, pues «si el usufructo no puede lo menos (disponer de la acción o participación para transmitir) no debe poder lo más (decidir de cancelación). La *contemplación del interés del otro* como criterio para el ejercicio de los derechos derivados de las acciones y participaciones usufructuadas, al existir un interés común de nudo propietario y usufructuario sobre las mismas, no alcanza hasta ese extremo, puesto que la concurrencia de ambos sobre las acciones o participaciones no puede considerarse *homogénea*». Y añade que «en caso de ejercicio en tiempo del derecho de separación por el socio y puesto que conlleva la disolución parcial del vínculo societario, habrá que proceder a la liquidación de usufructo en los términos previstos en el artículo 128 de la LSC para la disolución de la sociedad constante el usufructo».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020 (LA LEY 17935/2020) fija como doctrina que el derecho de separación de los socios por falta de distribución de dividendos, no requiere que hubiese votado a favor de dicha distribución. La controversia planteada consiste en determinar si el derecho de separación que, asiste a los socios por la falta de distribución de dividendos exige que, los mismos hubiesen votado a favor de dicha distribución. El Tribunal Supremo responde negativamente

a la cuestión planteada y confirma la estimación de la demanda el derecho de los socios demandantes a separarse de la sociedad por no proceder al reparto de dividendos. Alega la entidad demandante la infracción del artículo 348 bis de la LSC. Sobre tales bases, manifiesta la Sala que pese a la literalidad del artículo 348 bis de la LSC en su versión original, no se trata tanto que, los socios voten a favor de que se distribuyan los dividendos como que voten en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos. Pese a la literalidad del precepto, el Tribunal Supremo considera que no exigía que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las Juntas de socios, con carácter general es el órgano de administración que, puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado, como ocurrió en este caso. La *ratio* del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la Junta General de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la Sentencia 873/2011, de 7 de diciembre (La Ley 281251/2011) llamó gráficamente «el imperio despótico de la mayoría». Y para el ejercicio del derecho, la ley establece unos requisitos entre los cuales se encuentra que, el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata frente que vote a favor de que se distribuyan los dividendos, como de que vote en contra que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendo. En este caso, los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo que se aplicara a dividendos. Por lo que, cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la Junta General que, el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es lo que con mayor o peor redacción, se refería la versión original del artículo 348 bis de la LSC y que corrobora la actual redacción del precepto al decir «la Junta General no acordará la distribución como dividendo».

Con respecto al momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercido el derecho de separación, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2021 (LA LEY 32/2021) indica que «el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde, cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación». Y, asimismo, esta resolución manifiesta en cuanto a la concursabilidad del crédito dimanante del derecho de separación del socio que «(...) A efectos concursales la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación nace cuando la sociedad recibe la comunicación del ejercicio del derecho, mientras que, el del socio que no ha ejercido el derecho de separación no surge hasta que se liquide la sociedad. Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración del concurso, el crédito del socio separado es concursal».

⁷² DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 21 y 77, señala al respecto que «el derecho abstracto al dividendo es un derecho subjetivo de carácter patrimonial, aunque sin contenido concreto, una llamada a participar en las ganancias sociales». A ello añade que «el dividendo es la parte del beneficio social repartible que la Junta General acuerde distribuir entre los accionistas». En fin indica que «el derecho al dividendo es el que «corresponde al accionista a participar periódicamente, generalmente de forma anual, del beneficio obtenido por la sociedad». *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5761); y, 15 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1144) dispone en esta línea que «el usufructo solamente implica el derecho al dividendo (art. 127.1 de la LSC) y no atribuye ni la titularidad en el capital social que, sigue correspondiendo al nudo propietario («cualidad de socio», según el propio precepto) ni al funcionamiento de los órganos sociales».

Con carácter general, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2002 (*RJ* 2020, 2311) señala que «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho de crédito del accionista,

como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago». Asimismo, la Sentencia del mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3521) refiriéndose a la Sentencia 788/1996, de 10 de octubre manifiesta que «el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta en el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta», citando, asimismo, la Sentencia 25/1997, de 19 de marzo indica que «siendo indudable el derecho del accionista de una Sociedad Anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo que, es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta General de Accionistas; y, por último, aludiendo a la Sentencia 60/2020, de 30 de enero «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta General el que decide el reparto del dividendo que, hace surgir el derecho del crédito del accionista como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma de pago».

⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo, *op. cit.*, 63-64.

⁷⁴ SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 880.

⁷⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1021-1022.

MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (2020). Dividendo y usufructo de acciones. En: M.^aB. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (dirs.) y P. Márquez Lobillo y M.^a. T. Otero Cobos-Zofia Bednarz (coords), *Derechos de Sociedades. Los derechos del socio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 271, considera que, cuando se trata de dividendos acordados «es el usufructuario el que tiene derecho a ellos en todo caso, es decir, aunque sea un reparto de reservas anteriores o aunque sea con cargo a beneficios que han sido extraordinarios o atípicos».

⁷⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, *op. cit.*, 22 y 27, entiende por derecho al beneficio «el que corresponde al accionista de participar en las ganancias sociales, sin que la sociedad pueda destinar estas a una finalidad que no sea su reparto entre los socios». Y añade que «dentro del concepto económico del beneficio suele distinguirse entre: a) Un concepto directo conforme al cual el beneficio «constituye el excedente de los ingresos obtenidos durante ese periodo sobre los gastos ocasionados durante el mismo»; b) Otro indirecto para el que supere «el incremento de valor del capital neto existente al principio del periodo que ha tenido —independientemente de nuevas aportaciones o restituciones de capital o revalorizaciones extraordinarias de componentes del capital preexistente— durante el ejercicio por la gestión y las atribuciones realizadas de valor». Esta forma de determinación del beneficio permite conocer a cuánto asciende, pero no de donde procede, el resultado del balance». Asimismo, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 88-89, las reservas sociales y voluntarias en general «se constituyen con lo que hubieran sido los beneficios obtenido por la sociedad, si se hubieran acordado en Junta su reparto entre socios y no incorporado al patrimonio social y que de haber obtenido la condición de dividendos serían calificados de frutos y por tanto, de bienes o fondos gananciales (art. 1347.2 CC)». A lo que añade que «si el aumento de capital se ha realizado con cargo a reservas, la consideración que, en realidad, no hay desembolso, sino mero ajuste contable entre diferentes partidas, tal consideración ha permitido sostener que para la cuantificación del derecho de reembolso debe tenerse en cuenta solamente el valor nominal de las nuevas acciones o participaciones, debidamente actualizado al momento en que se haga efectivo, sin tener en cuenta el incremento del valor de los títulos ni, en consecuencia, el valor real de la acción o participación o de su cotización en el momento de la ampliación».

⁷⁷ En esta línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a B. (2018). Algunas cuestiones sobre usufructo de acciones y participaciones sociales y ejercicio de los derechos de socio, *op. cit.*, 210.

⁷⁸ Precisa, GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). «Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, 1025 que «tales beneficios acumulados por la sociedad (vía

reserva) son, en las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, fondos pertenecientes a este invertidos en la sociedad durante la vigencia del usufructo».

Por su parte, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1144) que el artículo 128 se trata de una regla de liquidación que determina las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, no entre el usufructuario y la sociedad».

⁷⁹ PANTALEÓN PRIETO, F. (1999). Las acciones. Copropiedad, usufructo, prenda y embargo, *op. cit.*, 92-93; SÁNCHEZ RUIZ, M. (2016). Usufructo de acciones y participaciones sociales, *op. cit.*, 888.

Por su parte, para GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1027 la mención de «beneficios propios de la explotación de la sociedad» «excluye los beneficios extraordinarios o atípicos y la remisión a las reservas significa exclusión de las denominadas reservas ocultas o plusvalías». En el mismo sentido, GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 746.

⁸⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 324. Asimismo precisa que «también corresponde percibir este incremento, si la sociedad se disuelve durante el usufructo (pero también aunque no lo diga el precepto, si el nudo propietario ejercita un derecho de separación, o si se produce una reducción de capital con devolución de las aportaciones, supuestos ambos en los que se extinguen las participaciones o acciones, y se liquida la relación con el socio)».

⁸¹ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1025, si bien añade que «la finalidad del precepto es doble: por un lado, conservar la base de capital del usufructo y por otro, que el usufructuario perciba los frutos capitalizados durante la vigencia del usufructo»; VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 325.

⁸² GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1030-1031.

⁸³ GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1032.

⁸⁴ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 753. Sin embargo, VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 326-327 señala que «aunque la Ley no lo diga expresamente, si el capital se aumentaría con cargo a beneficios o reservas constituidas antes de constituirse el usufructo, entonces el usufructuario no tendría derechos ni por la venta ni respecto de las nuevas acciones asignadas».

⁸⁵ ALCOVER GARAU, G. (2002). La contradicción entre los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas relativos al usufructo de acciones, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Madrid: Mc Graw Hill, 1097.

⁸⁶ Se excluye como señala GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, *op. cit.*, 1033 «el derecho de preferencia en el caso de aumento de capital por «conversión» de las obligaciones en acciones (art. 304.2)».

⁸⁷ GARRIDO MELERO, M. (2017). Comentario al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital» *op. cit.*, 754 precisa que «en caso que se enajenen los derechos o se proceda a la amortización de las obligaciones, el usufructo se extenderá sobre los importes obtenidos en la enajenación (art. 129.2 en relación con el art. 129.6 LSC)».

⁸⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 327.

⁸⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, 328.

⁹⁰ JUR 2014, 63764. En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3.ª, de 25 de febrero de 2003 (JUR 2003, 157666); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 28 de abril de 2006 (JUR 2006, 230837); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª, de 5 de mayo de 2006 (JUR 2007, 135015); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª, de 17 de abril de 2007 (JUR 2007, 305024); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 7 de mayo de 2013 (JUR 2013, 232480);

de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª, de 11 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 233130); y, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 15 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 246978).

⁹¹ *JUR* 2017, 147093. En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2011 (*JUR* 2014, 178899); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 17 de enero de 2012 (*JUR* 2014, 144991); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 9 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 58268); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 7 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 61023); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 123122); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2018 (*JUR* 2019, 1586); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 240773) aplica la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.

⁹² Los *antecedentes relevantes de la sentencia* son los siguientes: D.ª. Delfina y D. Marcial contrajeron matrimonio, ambos en segundas nupcias, el 6 de marzo de 2004, bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. D. Marcial falleció en Madrid el 30 de enero de 2015, sin haber efectuado testamento y sin descendencia común con D.ª. Delfina. D. Marcial estuvo casado, en primeras nupcias con D.ª. Camino de quien se encontraba divorciado desde el 3 de diciembre de 2003. De este matrimonio nacieron y viven dos hijos, D. Víctor y D. Sergio únicos herederos *ab intestato* de su padre y partes litigantes en este proceso. El régimen económico matrimonial de D. Marcial y D.ª. Delfina se encuentra disuelto *mortis causa* de acuerdo con lo establecido en los artículos 85 y 1392 del Código civil, desde el día del óbito de D. Marcial. Se halla pendiente de división el patrimonio hereditario de dicho causante, lo que exige que, con carácter previo, se lleve a efecto la liquidación de la sociedad legal de gananciales constituida con su segunda esposa. El causante ostentaba una participación directa del 32,02% sobre el accionariado de Pallart S.A., a su vez, esta sociedad ostentaba participación en las sociedades Rafael Regalos S.L., Detalle Arropal S.L., Trofeos Pallart S.L., Cogenaración Cjhariades S.L., Pallart Bcn S.L., y trofeos Pallarte Barcelona S.L. También era socio de la entidad Turicerán S.L. Los demandados no niegan la existencia de reservas, sino su inclusión en el haber ganancial. En el incidente de inclusión y exclusión de bienes, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Palencia, de 9 de diciembre de 2016 acogió la pretensión de D.ª. Delfina consistente en la inclusión en el activo de la sociedad legal de gananciales de los beneficios sociales imputados a reservas. Al resolver el recurso de apelación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 4 de mayo de 2017 revocó parcialmente la resolución del Juzgado de Primera Instancia, para establecer que en relación al activo de la sociedad de gananciales formada en su día por don Marcial y doña Mercedes a que se refiere la sentencia excluida debe excluirse la partida 7 del activo de la sociedad de gananciales sobre derecho de crédito por el porcentaje de los beneficios destinados a reservas; y así también que en relación al derecho de crédito a que se refiere la partida 2 del acto que ostenta la referida sociedad con otros tres titulares de cuenta corriente del Banco Popular a que dicha partida se refiere, el periodo de devengo del mismo lo será desde el día 4 de julio de 2008 hasta el día de su completo pago. Fallecida también D.ª. Delfina, durante la sustanciación del procedimiento, sus herederos interpusieron recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º y se estructura en un motivo único, en el que denuncia la infracción del artículo 1347.2 del Código civil (aunque en el encabezamiento del recurso aparece citado el art. 1341.2 CC se trata de un mero error de transcripción que, des deduce de lo expuesto en el desarrollo del motivo en el que ya se cita correctamente el art. 1347.2 CC). Dicho precepto se pone en relación con los artículos 1381 y 1397.3 del Código civil. Se invoca la existencia de interés casacional, en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, citándose al respecto las sentencias 69/1982, de 15 de junio (*RJ* 1982, 3428), y 277/2003, de 24 de marzo (*RJ* 2003,2917). En el desarrollo del recurso se citan además los artículos 1344, 1347, 1361, 471 y 3564, 1352 y 1359 del Código civil. La parte recurrente alega, en síntesis, que las reservas voluntarias constituyen una cuenta del pasivo de la sociedad que integra los beneficios no distribuidos de los socios que, representan, en consecuencia, un incremento patrimonial, un aumento del valor del patrimonio social distinto de las llamadas plusvalías. Considera

que las reservas voluntarias forman parte de los frutos y ganancias del patrimonio privativo que conforme al artículo 1381 del Código civil se integran en la sociedad de gananciales, lo que se traduce en un reembolso a cargo del cónyuge participante en la sociedad mercantil en el caso que no sea posible la distribución de tales beneficios —reservas— por haberse transformado en capital conforme al artículo 1352 del Código civil.

⁹³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, op. cit., 116.

⁹⁴ ALCOVER GARAU, G. (2020). Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero), *Revista de Derecho de Sociedades*, número 59, mayo-agosto, 338-339; del mismo autor (1994). La sustitución fideicomisaria de acciones y los sistemas de protección del socio frente al aumento del capital social con emisión de nuevas acciones. En: A. Alonso Ureba, J. Duque Domínguez, G. Esteban Velasco y F. Sánchez Calero (coords.), *Derecho de sociedades anónimas*, II Capital y acciones, vol. 2, Madrid: Civitas, 946-947.

⁹⁵ MARTÍNEZ SANCHEZ, J.Á. (2009). Reservas contables y sociedad de gananciales, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 52, diciembre, 26.

⁹⁶ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 119.

En esta línea, DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales*, op. cit., 114-116 reconoce no solo un derecho abstracto al reparto de las ganancias sociales, sino un derecho concreto al reparto anual. Si bien existe un acuerdo unánime relativo a que «la junta ordinaria solo puede denegar el reparto de los beneficios obtenidos y retenerlos íntegramente en su patrimonio, si existe un motivo de interés social que justifique dicho acuerdo y que en ningún caso le es posible denegar injustificada e indefinidamente el reparto (...). Mientras que unos autores hablan de los límites de la libertad de la junta en aplicación de los resultados, otros lo hacen de las limitaciones al derecho del socio al dividendo».

⁹⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., 301, 303 y 305. En esta línea, BEAUS CODES, A. (1985). «Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI, Madrid: Edersa, 261.

⁹⁸ MELLADO RODRÍGUEZ, M. (2020). Comentario a la STS 158/2020, de 3 de febrero. Carácter privativo de las reservas sociales, *El Notario del siglo XXI*, número 91/92, mayo-agosto, 195-196.

⁹⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirante Lo Blanch, 148-149.

¹⁰⁰ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 566) que manifiesta que «debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (art. 7.1 CC). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción de fraude de ley (arts. 7.2 y 6.4 CC) viene a resaltar el fundamento primario expuesto, en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores insitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión»; de 28 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4724) señala que, el levantamiento del velo requiere un análisis de las circunstancias que pongan en existencia el abuso de la personalidad de la sociedad; y, de 14 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5811).

¹⁰¹ LA LEY 90745/2020.

¹⁰² *RJ* 2020, 2269.

¹⁰³ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9796.

¹⁰⁴ ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1779.

¹⁰⁶ DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 y 1391 del Código civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 537; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233.

¹⁰⁷ ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9798.

¹⁰⁸ PRETEL SERRANO, J.J., Comentario al artículo 1390 del Código civil, En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 756; por su parte, DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 y 1391 del Código civil, op. cit., 542, señala que «el dolo es la intención dañosa o perjudicial, o cuando menos la conciencia que actuando de una manera determinada se va a producir un daño, no basta un comportamiento meramente culposo». Para LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233, lucro exclusivo es «por ejemplo, un cónyuge, mediante su gestión de los bienes gananciales, aun hecha sin intención de perjudicar a estos, ha conseguido que las ventajas de una urbanización reviertan fundamentalmente en una finca heredada por él, y en mucho menos grado en las otras parcelas contiguas que compró la comunidad conyugal. Será deudor a la comunidad del exceso con que se ha lucrado su patrimonio. Igualmente, lo será si ha invertido ingresos de su profesión en mejorar sus propias fincas, cuyo caso se halla ya previsto en el artículo 1359.2».

¹⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 187-188, añade que es evidente que en ambos casos «el cónyuge no actúa de acuerdo con los intereses sociales»; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233, manifiesta que «no es preciso que el dolo o intención se dirija a la causación de un daño, basta que se quiera la realización de la acción dañosa que se sabe que lo es»; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 205, manifiesta al respecto que «mientras el beneficio o lucro exclusivo para el cónyuge agente del que se ve privado el otro cónyuge, por considerarse que semejante resultado, supone un enriquecimiento injusto» y daño doloso inferido a la sociedad de gananciales «supone el injustificado deterioro patrimonial de los bienes gananciales, mediante la asunción de deudas o gastos caprichosos y que en modo alguno puedan considerarse cargas de la sociedad (juego, vicios varios, etc.)». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 13 de mayo de 2002 (*JUR* 2004, 34509).

¹¹⁰ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9797; ATIENZA NAVARRO, M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044-1045; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 188; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, op. cit., 284; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., 206 a su entender la interpretación doctrinal que exige reiteración «beneficia en exceso al cónyuge ventajista (valga la calificación) y, por tanto, debería revisarse».

¹¹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 278.

¹¹² LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., 233.

¹¹³ En esta línea, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9799.

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., 188.

¹¹⁵ ATIENZA NAVARRO M.ª L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 1044-1046; REBOLLEDO VARELA Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 9799; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, op. cit., 243; PRETEL SERRANO, J.J., Comentario al artículo 1390 del Código civil, op. cit., 757.

¹¹⁶ En este sentido, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 9799-9800; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 1046.

¹¹⁷ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1390 del Código civil, *op. cit.*, 756 señala que «se dice que nos encontramos ante el caso de actuación de un cónyuge sin consentimiento del otro cuando sea necesario; si el acto es a título oneroso cabe la impugnación (anulabilidad) pero el Código civil obliga a ello y dado que por el no ejercicio de la acción el acto queda purificado de los vicios que adoleciere, más bien parece que el precepto se refiere a los actos gratuitos», sin embargo para el autor «el artículo 1390 juega independientemente del artículo 1322 de tal manera que, si el otro cónyuge no impugna cuando proceda la eficacia del acto y este queda sanado, el acto será válido y se habrán producido los efectos que le sean propios». Para LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, 205 «la ley considera que *las cartas quedan echadas* y que, en todo caso, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge perjudicado puede instar el correspondiente reintegro en favor de la masa ganancial».

¹¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 284.

¹¹⁹ Para DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 a 1391 del Código civil, *op. cit.*, 543-544 el fraude «puede consistir en la ocultación de los beneficios para invertirlos o gastarlos de forma irregular, como el mantenimiento de una relación adulterina o beneficiar con ellos a otra persona ajena al consorcio o también dando lugar a que se produzca una disminución injustificada de ingresos o ganancias, o del propio patrimonio ganancial, tal y como lo venía entendiendo tradicionalmente la jurisprudencia». Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, 205 los actos fraudulentos respecto del consorte no actuante «cuyos intereses se ven perjudicados por la actuación del cónyuge contratante, que oculta beneficios o ganancias, enajena bienes gananciales a bajo precio, etc.».

¹²⁰ En esta línea, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 233.

¹²¹ Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, 188.

¹²² PRETEL SERRANO, J.J. (1991). «Comentario al artículo 1391 del Código civil», *op. cit.*, 757-758 señala que «el fraude puede cometerse, reteniendo y ocultando beneficios para invertirlos o gastarlos en finalidades inconfesables, como comisión de un delito, mantenimiento de relaciones adulterinas, etc., bien dando lugar a que se produzca una disminución injustificada de ingresos o ganancias, pues se va más allá de la idea de un beneficio o lucro exclusivo; como ejemplos, pueden citarse (además de los anteriores) los de venta de un bien ganancial o bajo precio, compra (o reserva) de usufructuario en favor propio, pues aunque el usufructo tenga carácter ganancial, el carácter vitalicio sitúa mejor a un cónyuge respecto del otro, arrendamiento con renta mínima, venta de una Proción de acciones para transferir al adquirente la mayoría que tiene la sociedad de gananciales, etc.».

¹²³ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1048-1049.

¹²⁴ RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos, 235-236.

¹²⁵ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 9802.

¹²⁶ En esta línea, PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 758; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, 233.

¹²⁷ Como precisa, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 284 «si el acto fraudulento ha tenido como consecuencia la obtención de un beneficio exclusiva para el cónyuge actuante o la causación dolosa de un daño a la sociedad, dicho cónyuge será deudor de la sociedad por el importe del lucro o del beneficio, pero además el acto podrá ser rescindible, si el tercer adquirente obro de mala fe».

¹²⁸ ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1049; DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario a los artículos 1390 a 1391 del Código civil, *op. cit.*, 544.

En todo caso, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, 205 el *consilium fraudis* determina «cumulativamente («además»), la ineficacia del acto transmisivo realizado por el cónyuge actuante».

¹²⁹ PRETEL SERRANO, J.J. (1991). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 758; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1049.

¹³⁰ Para HIJAS CID, E. (2020). Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020, *op. cit.*, 310 representa quizá un contrasentido esta argumentación de nuestro Tribunal Supremo «acudir al símil del usufructo de acciones en este caso, cuando ha establecido una frontera clara entre usufructo y ganancialidad de las acciones en el fundamento del derecho anterior. Dice el Alto Tribunal que es jurisprudencia consolidada que el derecho de usufructo no puede quedar vacío de contenido por el abuso del nudo propietario, votando sistemáticamente a favor de la constitución de reservas (y ello aunque se favorezca los intereses sociales), pudiendo la pretensión del usufructuario basarse en la prohibición del enriquecimiento sin causa, así como en la vulneración de los artículos 1256 y 1258 del Código civil». Y añade «Habría bastado que, como hace a continuación la sentencia, apoye su excepción en los anteriores citados artículos 1390 y 1391 del Código civil que, sancionan los daños a la sociedad de gananciales por los actos unilaterales (fraudulentos o no) realizado por uno solo de los cónyuges».

¹³¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2017). *Empresas, Sociedades y Actividades Económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 123.

¹³² ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2016). Comentario al artículo 1391 del Código civil, *op. cit.*, 1047.

1.3. Derechos Reales

La okupación de inmuebles: un supuesto de posesión ilegítima

Property occupation: an event of illegitimate possession

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La «okupación» de inmuebles es un fenómeno actual y preocupante en nuestro país, pues permite la posesión de inmuebles de forma ilegítima frente a su propietario. El gran crecimiento de este fenómeno en los últimos años nos hace plantearnos qué es realmente desde el punto de vista jurídico, cuál es la naturaleza de los derechos confrontados en él, y como consecuencia de esto, cuáles son los medios de defensa de cada uno de los sujetos intervinientes, para tratar de averiguar cuál debe prevalecer. En este trabajo se analizarán estas cuestiones, solo desde el punto de vista del Derecho civil, tratando de arrojar luz a un fenómeno posesorio que, en teoría, no debería prevalecer sobre el derecho de propiedad, ni aunque se aduzca para su defensa el derecho a una vivienda digna.

ABSTRACT: *The squatting of real estate is a current and worrying phenomenon in our country, since it allows the possession of real estate in an illegitimate way in front of its owner. The great growth of this phenomenon in recent years makes us wonder what this phenomenon really is from the legal point of view, what is the nature of the rights confronted in it, and as a consequence of this, what are the means of defense of each one of the intervening subjects, to try to find out which one should prevail. In this work these issues will be analyzed, trying to shed light on a possessory phenomenon that should not have any further legal protection.*

PALABRAS CLAVE: Okupación. Posesión. Derecho de propiedad. Vivienda. Acciones posesorias.

KEY WORDS: *Squatting. Possession. Property rights, housing, possessory actions.*

SUMARIO: I. OCUPACIÓN Y OKUPACIÓN.—II. POSESIÓN Y OKUPACIÓN.—III. ACCIONES DEFENSA FRENTE AL OKUPA.—IV. DEFENSA DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL «DERECHO A LA VIVIENDA».—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. OCUPACIÓN Y OKUPACIÓN

El artículo 609 del Código civil establece entre los medios de adquirir la propiedad, la ocupación. Se trata de un modo originario para adquirir el dominio que consiste, precisamente, en aprehender físicamente una cosa que carece de dueño (*res nullius*) y hacerla suya. Se trata, en definitiva, de la toma de posesión de una cosa que carece de dueño, con ánimo o intención de haberla como propia e incorporarla al patrimonio de la persona¹.

Dos son, en consecuencia, sus elementos:

a) Aprehensión física: la ocupación supone una toma de posesión, que puede variar según cual sea el objeto y las circunstancias, siendo a veces una toma de posesión espiritual igual al *corpus* en la posesión. Y será por tanto propietario, el primer ocupante, el que primero la toque, la adhiera o haga signos o trabajos destinados a su posesión o aprehensión.

b) Ánimo y capacidad: el acto de ocupación es voluntario, y el ocupante quiere ese contacto para adquirir el dominio, y así lo presupone el Código civil.

La capacidad para ocupar no es específica y basta la de los menores e incapacitados para adquirir la posesión (art. 443 CC), es decir, un mínimo de conciencia de la propia actividad.

Así las cosas, como solo pueden ser objeto de ocupación las cosas *nullius*, esta se limita a ser un medio de adquisición de la propiedad de bienes muebles de escaso valor y sin importancia (que no sean de nadie), como, por ejemplo, una piedra o guijarro del campo, o bien, que hayan sido abandonados por su dueño, e igualmente la ocupación adquiere importancia con respecto a los animales, ya que la caza y la pesca son los medios más habituales de la ocupación en nuestro ordenamiento.

Nos planteamos, al hilo de este artículo, si los bienes inmuebles pueden ser objeto o no de ocupación, con el fin de determinar si la ocupación es lo mismo que el fenómeno de la okupación de inmuebles de la que tanto se está hablando en la actualidad.

Como premisa —y conclusión— debemos afirmar que no es posible ocupar inmuebles, pues estos no cumplen con el requisito esencial para ello, ya que no pueden existir inmuebles *nullius*, sin dueño en nuestro ordenamiento. Ello es así porque el artículo 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que los bienes inmuebles que carecen de dueño pertenecen a la Administración del Estado².

Los bienes inmuebles, en principio, hoy no son objeto de ocupación, aunque sí lo fueron en otra época, cuando fue un modo natural de adquirir suelo rústico, cuando grandes extensiones se quedaban sin dueño.

En España, se discute si el suelo puede ser ocupado por particulares cuando está vacante, pero se resolvió por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (en adelante, LPE), que decía que pertenecían al Estado los bienes inmuebles que estuvieran vacantes y sin dueño conocido (art. 21 LPE), y también los inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades o particulares (art. 22 LPE).

Parece que el Estado tenía un derecho de apropiación preferente, pero no los adquiría directamente al quedar *nullius* (el artículo 22 LPE hacía referencia a los bienes detentados sin título); sin embargo, sí se producía una ocupación directa para el artículo 21 LPE (inmuebles vacantes).

La mencionada Ley fue objeto de reforma, y la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 17 que: «1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2. La adquisición de estos bienes se pro-

ducirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta Ley».

Es preciso mencionar que, en el mismo sentido de la normativa anterior, la nueva Ley dispone también en su artículo 17 que: «3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil».

Por tanto, en base a lo que dispone la nueva Ley, el Estado deberá probar que el inmueble poseído no tiene dueño, bien porque nunca lo tuvo o porque el *verus dominus* lo abandonó. Y en este sentido, es preciso mencionar que, según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN³, dicha prueba es lo único que justifica su derecho de propiedad y la legislación procesal para accionar:

Pues bien, la ocupación como medio de adquisición directa y automática de un bien inmueble no es posible, tal y como acabamos de sostener. No obstante, es cada vez más frecuente la aparición (sobre todo en prensa) de noticias sobre la «ocupación» de viviendas, e inmuebles de todo tipo. ¿Cómo es posible esto?

Sencillamente porque cuando se habla de ocupación de inmuebles en estos foros, realmente se están refiriendo a un fenómeno distinto que es la «okupación», vocablo ya admitido incluso por la RAE, y que define como «Tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de su propietario»⁴.

De esta definición de okupar, se deducen los rasgos distintivos de la ocupación con la okupación. La okupación solo se refiere a inmuebles (viviendas o locales), mientras que el objeto propio de la ocupación son los bienes muebles abandonados, o los animales; en segundo lugar, la okupación es relativa a esos inmuebles deshabitados pero con dueño, pues implica la toma de posesión de los inmuebles precisamente frente o contra la voluntad del propietario; luego, necesariamente esos bienes okupados tienen un dueño, aunque este no viva o no tenga la posesión física o inmediata de los mismos (incluso, como luego veremos, también a veces aunque la tenga), mientras que lo característico de la ocupación es precisamente que se tome posesión de cosas *nullius*.

El rasgo que ambos fenómenos tienen en común es, sin embargo, que ambos son posesorios; es decir, implican la aprehensión física o la toma de posesión de un objeto determinado, y con la voluntad de hacerlos suyos. Luego, difieren en el objeto poseído y coinciden en sus elementos tanto corporales como volitivos, si bien, probablemente este último tenga diferentes matices, pues en la ocupación la voluntad clara es adquirir la propiedad, y en la okupación puede ser un elemento intencional no tanto dominical, sino de posesión estable, de vivienda, o incluso de otros fines menos dignos.

Otra de las diferencias claras es que la ocupación es un modo de adquirir la propiedad legal y lícito recogido expresamente en nuestro Código civil, mientras que la okupación es un fenómeno ilícito de toma de posesión, no contemplado por la ley, y sin que tenga consecuencias jurídicas en la adquisición del dominio y, ni siquiera, como forma válida y lícita de adquirir la posesión.

No podemos, en conclusión, confundir la ocupación con la okupación, y esta debe reconducirse a lo que es: un fenómeno ilícito de adquirir la posesión que, en consecuencia, y de acuerdo al artículo 444 del Código civil, no debe producir consecuencia alguna, no ya en el derecho de propiedad del dueño del inmueble ocupado, sino tampoco en su posesión, pues no podemos olvidarnos que este artículo afirma que «los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión».

Es decir, el okupa es un poseedor sin título, que posee en contra de la voluntad del propietario, que no puede resultar, en consecuencia, amparado en su posesión.

¿Por qué entonces parece que sí lo está y que el propietario no? Analicemos antes de dar una respuesta que tipo de posesión tiene el okupa diferenciándolo de otros poseedores.

II. POSESIÓN Y OKUPACIÓN

La okupación, desde luego y como ya hemos dicho, es un fenómeno eminentemente posesorio porque consiste precisamente en obtener la tenencia material de un inmueble, contra la voluntad de su dueño.

De este modo, si tuviéramos que definir y caracterizar el tipo de posesión del okupa, tendríamos que decir que se trata de una posesión inmediata (implica la tenencia fáctica y actual de la cosa), en concepto distinto de dueño (porque, desde luego, en principio, no se comporta como tal), de mala fe (conoce y sabe que no es el dueño de la cosa) y podríamos calificarla como viciosa, desde el momento en que se adquiere contra la voluntad del dueño de la cosa, pudiendo calificarla en consecuencia como violenta si se ha utilizado la fuerza para adquirirla (vgr. se ha roto la cerradura, o la puerta para entrar), del artículo 444 del Código civil.

En efecto, los actos violentos son aquellos ejecutados por un tercero utilizando la fuerza de manera actual o inminente, sin voluntad del poseedor y en contra del mismo.

Hay que distinguir la posesión violenta de la no pacífica. Mientras la primera supone fuerza física o material en las cosas o personas, la segunda, es aquella que no es pacífica, y eso supone que se ha adquirido sin conocimiento y consentimiento del anterior poseedor, pero eso no implica fuerza o violencia. Creemos que el okupa es un poseedor violento en tanto en cuanto ha tenido que utilizar algún tipo de violencia para okupar el inmueble, pues, en principio, el poseedor previo no le ha puesto en posesión de aquella.

La posesión violenta es viciosa, y no es verdadera posesión, nunca será *ad usucapionem* y, mientras dure la violencia (como explicamos a continuación), tampoco será *ad interdicta*. La posesión no pacífica no será *ad usucapionem*, pero es verdadera posesión y, por tanto, puede ser *ad interdicta*.

Según el artículo 441 del Código civil, en ningún caso se podrá adquirir violentamente la posesión mientras existe un poseedor que se oponga a ello. Por tanto, la posesión violenta no afecta durante el primer año al anterior tenedor, sin embargo, pasado ese año y conforme establece el artículo 460.4 del Código civil, permite devenir poseedor al que ha conseguido la tenencia por la fuerza, contra la voluntad del anterior tenedor de la cosa, si su propio contacto con la cosa dura más de un año y el anterior poseedor no insta la defensa interdictal.

Por otra parte, el artículo 444 del Código civil dispone que «los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del posee-

dor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión». Esto quiere decir que la posesión tolerada, violenta o clandestina no es verdadera posesión, y que, por tanto, esos actos posesorios, no son realmente tales, y no afectan, no perjudican al anterior y verdadero poseedor que se ve perturbado o despojado de su posesión por alguno de estos actos. Es decir, es como si no se hubieran realizado, y el anterior poseedor nunca hubiera perdido o nunca hubiera sido molestado en esa posesión. Por tanto, el despojado/perturbado conserva ante la Ley su condición de poseedor y no deja de poseer porque se realicen esos actos. De ahí que pueda ejercitar la defensa interdictal y lograr el restablecimiento de la situación fáctica que existía antes de la violencia, clandestinidad o mera tolerancia.

Pero ¿quiere decir además que esos poseedores «viciosos», no llegan ni siquiera a adquirir una posesión?

a) Desde luego que nunca tendrán ni adquirirán una posesión *ad usucapionem*, válida para usucapir, pues esta exige que sea pública, pacífica y en concepto de dueño.

b) Y se duda si tendrán al menos una posesión *ad interdicta*, es decir, que puedan defenderse a través de un interdicto posesorio cuando se vean perturbados en la misma.

Con respecto a la posesión violenta, hay que decir que antes existía la excepción de posesión viciosa, que oponía el primer despojado contra el despojante violento, cuando aquel arrebataba a su vez la posesión a este, y el violento interponía contra él el interdicto posesorio.

Sin embargo, posteriormente desapareció esta excepción, pues fomentaba la violencia, ya que no se producía un solo despojo (el inicial violento), sino un segundo por parte del despojado que quedaba inmune, al no estar legitimado el violento a interponer interdicto posesorio, precisamente por su posesión viciosa.

Hoy en día, no cabe esta excepción, y como existe la legítima defensa, se permite al despojado inicial que se defienda y procure recuperar la posesión de la cosa mientras dura la violencia; ya que como hemos dicho el violento no es ni siquiera verdadero poseedor.

Pero eso no significa que el violento no esté nunca legitimado para interponer interdicto. Podrá interponer un interdicto posesorio para recuperar su posesión frente al despojado inicial, si cesa la violencia y oposición del anterior poseedor, y transcurre un año de posesión por él. Es decir, consolida su posesión, y el despojado inicial la pierde, conforme al 460.4 del Código civil.

¿Entonces, como puede defenderse un propietario despojado de su vivienda o local frente a un okupa? ¿Por qué es tan difícil recuperar esa posesión?

III. ACCIONES DEFENSA FRENTE AL OKUPA

Todo poseedor tiene derecho a defender su posesión, ya que el artículo 446 del Código civil dice que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen». Pero, a la vez, todo propietario también tiene derecho a defender su propiedad: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla», artículo 348.2 del Código civil, y es facultad inherente al dominio, la de exclusión que faculta al propietario a impedir el goce de la cosa de su propiedad por otro. Corresponde que examinemos, entonces y con base en estos preceptos, cómo puede defenderse el propietario frente al okupa, y qué derecho debe predominar en una posible confrontación entre ambos.

Analizamos estas cuestiones desde el punto de vista civil, sin tener en cuenta que la okupación, además, puede suponer un ilícito penal, un delito de allanamiento de morada (201.1 CP) o de usurpación (245.2 CP), según el inmueble okupado fuera o no la vivienda del propietario. En estos casos, tras la denuncia por el propietario, se iniciará el correspondiente procedimiento penal, y el fiscal podrá solicitar al juez la medida cautelar necesaria para la recuperación pacífica e inmediata de la posesión del inmueble, según lo dispuesto en la instrucción de la Fiscalía General del 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 inmuebles. Esta instrucción busca la recuperación del inmueble por su titular legítimo cuando se tenga debido conocimiento por el fiscal del presunto delito cometido⁵. Pero su análisis excede de este trabajo, centrado en la okupación desde el punto de vista civil.

Por eso, y desde ese enfoque, el okupa es un poseedor vicioso, a menudo violento, que no tiene verdadera posesión para el Derecho y, en consecuencia, los medios de defensa del propietario deberían ser claros y firmes. Sin embargo, la realidad nos demuestra que no es tan sencillo despojar al okupa del inmueble en el que se encuentra, con el perjuicio que ello supone para el verdadero propietario.

Realmente, el propietario quiere defender la posesión ínsita en su derecho de propiedad porque lo que quiere es recuperar la posesión perdida. De este modo, debemos analizar las acciones en defensa de la posesión que tenga o pueda tener un propietario, basadas en su posesión mediata (en todo caso, como propietario que es), o basadas en su derecho de propiedad.

De este modo, las acciones en defensa de la posesión que ofrece nuestro ordenamiento civil al propietario son las siguientes:

- a) La acción de desahucio
- b) Interdicto de recobrar
- c) La acción real registral
- d) La acción reivindicatoria

El okupa, desde mi punto de vista, es un despojante, ha arrebatado la posesión con violencia a su verdadero poseedor, o al menos de forma no pacífica. En consecuencia, y conforme al concepto tradicional de precarista, no puede ser calificado como tal, porque el okupa, a pesar de que, igual que aquel, posee sin título y sin pagar renta o merced, difiere en que el precarista ha obtenido la posesión del anterior poseedor que se la ha transmitido.

El precarista puede ser expulsado del inmueble a través de una acción de desahucio (por precario), a través del procedimiento verbal previsto en el artículo 250.1. 2.º LEC. Sin embargo, y según la doctrina y jurisprudencia anterior, esta acción no podía ser utilizada por el propietario para defenderse de la ocupación, ya que exigía que el demandado fuera un precarista, que hubiera adquirido la posesión de la finca a través del propietario o anterior poseedor, pero no procedía cuando la hubiera adquirido él solo, de forma originaria y violenta o no pacífica, en su caso.

En efecto, la acción de desahucio es la que tiene un poseedor mediato frente al inmediato para recuperar la posesión inmediata de un inmueble que le corresponde, siempre que ese poseedor inmediato sea un precarista, que normalmente es una persona cuya legitimación para la tenencia ha cesado voluntariamente por el concedente (vgr. un arrendamiento que ha llegado a término, o que se extingue por falta de pago, o cesa la tolerancia del propietario). El precarista, al menos en su origen, ha tenido un uso tolerado por el propietario o titular del derecho a poseer. El okupa es

un poseedor ilegítimo que carece de título para poseer y al que nunca el verdadero y anterior poseedor le puso en posesión del inmueble. Por eso, anteriormente, se consideraba que el okupa no podía calificarse en modo alguno de precarista y no procedía, en consecuencia, utilizar la acción de desahucio, rápida y eficaz.

Sin embargo, se empezó a construir un concepto amplio de precario —y de precarista— en el que se englobaba también en el mismo, a aquella persona que gozaba de la posesión de un inmueble de otro sin su consentimiento, sin pagar nada a cambio, y fuera cual fuera el origen de su posesión. La doctrina y la jurisprudencia fueron perfilando este nuevo concepto amplio de precario, de forma que el Tribunal Supremo extendió los casos de precario «a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello», señalando que «la concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho» (STS de 31 de diciembre de 1992). Como afirma BASTANTE GRANELL⁶, se configuró el denominado concepto de precario civil (el antiguo), y el nuevo concepto de precario procesal, frente al que procedía también el desahucio. Con la reforma de la LEC, y el artículo 250.1.2 y su literalidad, se puso de nuevo en duda la ampliación del concepto de precario procesal, pero, sin embargo, después de cierta discusión doctrinal y jurisprudencial, el concepto amplio de precario se ha impuesto finalmente. El Tribunal Supremo así lo ha entendido en varias sentencias, afirmando: «Esta Sala ha definido el precario como “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho” (Sentencias de 28 de febrero de 2013; 19 de septiembre de 2013; 1 de octubre de 2014)» (STS de 28 de febrero de 2017). En este mismo sentido encontramos las SSTs de 6 de noviembre de 2008 y 22 de noviembre de 2010».

De este modo, dentro del concepto de precarista, cabe tanto el que adquirió la posesión a través de un contrato que terminó, el que la adquirió por mera tolerancia del dueño, o el que la adquirió de facto, sin que nadie se la transmitiera⁷. Por eso, los okupas pueden considerarse a efectos procesales como precaristas y procede la acción de desahucio también frente a ellos, ya que como dice la SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2017, «Se puede calificar como precaria una situación en que el precarista tenga una posesión del bien que pueda calificarse como injusta o degenerada, es decir, aquellas en que no existió una cesión por mera liberalidad en origen, derivando la posesión bien de la simple ocupación de hecho sin título alguno o del acceso a la finca por medio de un título que ha devenido insuficiente»⁸. En este mismo sentido, encontramos la STS de 29 de febrero de 2000 y la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2016, SAP Barcelona de 25 de mayo de 2018 y SAP Madrid de 18 de abril de 2018.

Por lo tanto, el juicio de desahucio, hoy, procede frente a cualquier posesión sin título, y también la de los okupas.

Además, y como ya hemos dicho, el okupa puede identificarse con un despojante; es decir, el que realiza un despojo, privando de la posesión al legítimo poseedor, en contra de su voluntad, o sin su conocimiento. Si fuera así, nos planteamos la posibilidad de que frente a él se pueda interponer un interdicto posesorio —utilizando la terminología antigua por razones de brevedad— de recobrar la posesión, previsto también en el artículo 250.1. 4 LEC («la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute»).

Las diferencias entre el interdicto y el desahucio, *a priori*, son claras:

a) La acción de desahucio tiene como sujeto pasivo un poseedor diferente de los interdictos. En los interdictos la acción se dirige contra el despojante o perturbador, mientras que la acción de desahucio se interpone contra una persona cuya legitimación para la tenencia ha cesado voluntariamente por el concedente, de forma general, aunque quepa hoy también un precarista procesal que no reúne esas características.

b) El interdicto posesorio requiere un acto positivo de oposición, mientras que la acción de desahucio no lo requiere necesariamente pues se dirige también y de forma mayoritaria contra quien posea pacíficamente la cosa por tolerancia del verdadero poseedor.

c) La posesión del despojante (sujeto pasivo), en el interdicto, es originaria; mientras que la del sujeto pasivo del desahucio es principalmente derivada, pues es necesario que haya recibido previamente la posesión del demandante.

El interdicto de recobrar está basado únicamente en la posesión, sin importar ni discutir el título de la misma. De esta forma, el litigio versa exclusivamente sobre el hecho posesorio y, en consecuencia, la sentencia que recaiga no tendrá efectos jurídicos definitivos (art. 447.2 LEC). Por lo tanto, aquel que ha sido perturbado o despojado de su posesión puede interponer esta acción frente al despojante o perturbador, probando nada más su posesión previa inmediata, sin necesidad de probar su título.

El problema es que este interdicto posesorio debe interponerse a través del juicio verbal, antes de un año del despojo (439.1 LEC), pues si no, caduca, siendo ya una acción inútil para el previo poseedor. Y, como a continuación analizaremos, durante su tramitación, e incluso más tiempo, el okupa sigue gozando *de facto* el inmueble, gratis, y, en consecuencia, tratará de alargar ese procedimiento, en teoría breve.

De igual forma, la acción posesoria de recobrar la posesión descrita puede ser una acción que se vuelva en contra del legítimo poseedor, si decide a su vez despojar al okupa. Parece claro que para expulsar al okupa de nuestra vivienda no debemos recurrir en caso alguno a la violencia contra él o en las cosas, pues si así se hiciera, por ejemplo, en un descuido, el propietario decide cambiar la cerradura de la vivienda para impedir el acceso de nuevo del okupa, este, como poseedor material inmediato hasta entonces de la vivienda, y a pesar de que carece de título posesorio alguno, basándose solo en su hecho posesorio, puede interponer frente al legítimo poseedor o propietario que le privó de la posesión —mediante el cambio de cerradura— un interdicto posesorio ya descrito, pues reúne los requisitos para ello, ya que se trata de un poseedor inmediato que ha sido privado de su posesión, recordando que está acción no prejuzga el título para poseer.

De este modo, el okupa puede dilatar su posesión indebida en el inmueble mientras se dilucida este nuevo juicio verbal, y puede incluso ganarlo si prueba el despojo que ha sufrido.

Es cierto que el propietario ganaría un nuevo procedimiento basado en su título para poseer o en su derecho de propiedad, posterior, pero, mientras tanto, puede darse esta paradójica situación, que solo consigue alargar la posesión gratuita del okupa.

El legislador, consciente de que la posesión indebida del okupa puede alargarse en el tiempo, amparándose en los plazos y procedimientos establecidos, reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante 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.

Se añadió un nuevo párrafo al artículo 250.1.4.^o, promoviendo la expulsión inmediata del okupa y la recuperación de la posesión perdida sin necesidad de que concluya el proceso posesorio entablado. Para ello, el demandante, a través de un trámite incidental, debe probar su derecho a poseer y solicitar al demandado, okupa, que aporte en un plazo de 5 días «título que justifique su situación posesoria». Si no lo hace, el tribunal mediante auto ordena la entrega de la posesión al demandante. Contra este auto no cabe recurso.

Así las cosas, el okupa debería abandonar inmediatamente la vivienda, sin embargo, y como afirma CUENA CASAS¹⁰, las cosas no suceden tan fácilmente en la realidad.

En primer lugar, señala acertadamente esta autora, esta medida solo alcanza a los propietarios personas físicas cuando el inmueble okupado es su vivienda habitual, pero no da respuesta para los otros supuestos de inmuebles okupados (que no sean vivienda habitual, o pertenezcan a entidades financieras, o sociedades). De este modo, parece que el derecho de propiedad en estos casos no queda protegido de la misma forma que el de una persona física. No debe protegerse solo el derecho de propiedad basado en el derecho a la vivienda. Se trata de un derecho constitucionalmente protegido, que debe gozar de una defensa procesal sin quiebra; y esta medida, a nuestro parecer, no lo hace¹¹.

Pero es que, por otra parte, y como también pone de manifiesto la autora citada, basta para bloquear este incidente iniciado por el propietario cualquier título de aparente validez que justifique la posesión del demandado. En caso de la más mínima duda sobre la justificación de la posesión del okupa, el juez suspenderá el incidente, no se expulsará al okupa, y continuará el juicio verbal hasta su fin. De este modo, puede impedirse el desalojo del poseedor ilegítimo de una forma bastante sencilla, por ejemplo, basta que aporte un contrato de teléfono, o luz, o internet, o cualquier otro que pueda dar lugar a una duda sobre la justificación de su posesión; el okupa podrá seguir viviendo en el inmueble al menos hasta el fin del procedimiento entablado lo que le lleva casi a asegurarse un año de permanencia. No es fácil conseguir la finalidad propuesta por el legislador de la expulsión inmediata del poseedor ilegítimo, lo que nos lleva a cuestionar la reforma realizada. Hay que buscar nuevos medios para conseguir defender al propietario frente al okupa que sean realmente eficaces.

Otra de las acciones de defensa posesoria con que cuenta el propietario o poseedor legítimo es la acción real registral. Es una acción real concedida al titular registral de un derecho real que implique posesión, para recuperarla, contra aquella persona que sin título inscrito se oponga a su derecho, y le perturbe o le moleste en su ejercicio. Por tanto, el procedimiento está basado en la legitimación registral que reconoce el artículo 38 LH, y está recogido en el artículo 41LH.

Los requisitos para poder interponer esta acción real registral son ser titular registral de un derecho que lleve aparejada la posesión. El objetivo de esta acción real es reponer al titular registral en su posesión (física o indiscutida). El demandante será el titular de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad. Demandados serán quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

Si el interdicto posesorio se basa en el hecho de poseer, la acción real registral tiene su base en una inscripción registral, y si el interdicto requiere la posesión material efectiva en el demandante, la acción real registral no, basta

con la posesión jurídica derivada de su derecho. De igual forma, el interdicto exige siempre un despojo o perturbación, mientras que la acción real registral, no exige necesariamente esto, sino que también puede interponerse frente a quien «solo» discute una posesión, sin acto material de despojo o perturbación.

En este caso, parece razonable que un propietario con título inscrito en el Registro pueda defenderse frente al okupa que perturba su posesión y que no tiene título inscrito en el Registro. Se tramita también por el juicio verbal (art. 250.1.7.º LEC), y creemos que podría ser base para la expulsión del okupa, al igual que el interdicto posesorio, pero con los mismos problemas referidos para aquel: Puede dilatarse en el tiempo, no se consigue la expulsión inmediata del okupa, sino cuando acabe el procedimiento y, en definitiva, no es realmente rápida y eficaz. Amén de que se trata de un procedimiento de carácter sumario y de ejecución, con causas de oposición tasadas que, como dice BELHADJ BEN GÓMEZ, «obligaría a la parte para consolidar su derecho a acudir a un proceso declarativo a los fines de que su derecho fuese reconocido de modo pleno en caso de que cualquier apariencia de derecho del contradictor hiciese fracasar su acción»¹², haciendo por tanto difícil su utilización, prefiriéndose un procedimiento de desahucio.

Por último, el propietario puede utilizar la acción reivindicatoria, propia de su título dominical, para tratar de recuperar la posesión perdida frente al okupa, pues esta es la acción que tiene todo propietario titular del derecho de dominio para reclamar la posesión perdida de la cosa que le pertenece, frente a quien la posee en ese momento indebidamente, con el fin de recuperar esa posesión. Por tanto, es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para obtener la restitución de la cosa.

Es una acción de naturaleza real, que se ejercita *erga omnes*, recuperatoria, puesto que su finalidad es obtener la posesión jurídica de la cosa, y es una acción de condena, porque se solicita un comportamiento restitutorio del demandado. Tiene como finalidad la entrega de la posesión, no la tenencia inmediata de la cosa, sino la posesión jurídica de la propiedad. Por tanto, en la acción reivindicatoria lo esencial es el reintegro de la cosa.

El propietario debe probar su título de dominio para poder iniciar esta acción, así como la posesión actual e indebida del demandado. Se tramita a través del juicio ordinario, y la prueba del dominio del actor, si no tiene el título inscrito en el Registro, puede ser larga o más complicada, lo que puede dilatar el procedimiento. Al tratarse de un procedimiento ordinario, la duración del mismo, que casi con total seguridad ganará el propietario si consigue probar su dominio, se alarga mucho, pudiendo alcanzar los dos/tres años. Durante todo ese tiempo el okupa sigue viviendo gratis en la vivienda hasta el que juez ordene la devolución de la posesión al demandante. Por ello, esta acción, si bien posible, no nos parece nada adecuada para el caso que se plantea en este estudio.

En conclusión, el propietario tiene varias vías legalmente establecidas para tratar de recuperar la posesión perdida por culpa del okupa, sin embargo, ninguna se demuestra lo suficientemente eficaz para conseguir recuperar la posesión de forma rápida, unas por la propia lentitud del procedimiento (reivindicatoria), y otras porque, aunque son rápidas y sumarias (interdicto y acción real registral) no alcanzan a todos los supuestos de okupación, y no consiguen el lanzamiento o expulsión inmediato del okupa, sino que, por lo menos, pueden demorarse de seis meses a un año.

A todas estas dificultades, se añade otra más, que es la justificación que esgrime el okupa para realizar sus actos de ocupación, como es la necesidad de una vivienda. Afirman que, con base en el derecho a una vivienda digna que preconiza

la Constitución española, y ante la dificultad del acceso a ella, se ven abocados a ocupar inmuebles propiedad de otros; argumento que ha encontrado bastantes adeptos, y desdibuja la aparente fácil defensa del derecho del propietario frente al okupa. En esta situación se está poniendo de manifiesto, una cuestión mayor: ¿Qué debe prevalecer: el derecho del propietario o el del okupa a una vivienda?

IV. DEFENSA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL «DERECHO A LA VIVIENDA»

El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental recogido en el artículo 33 de la Constitución (capítulo II, título I), que por lo tanto debe defenderse y su titular tiene acción para ello al tratarse de un verdadero derecho subjetivo protegido de forma especial. El derecho a la vivienda no es un verdadero derecho subjetivo que otorgue acción para su defensa al que lo alega, sino que está recogido en nuestra constitución como un principio rector de la política social y económica del capítulo III del título I (art. 47 CE), o incluso si se quiere, como un derecho social, que debe procurar el Estado, pero no de forma directa y particular a cada ciudadano, sino llevando a cabo políticas públicas que favorezcan la planificación y construcción de vivienda¹³.

De este modo, como afirma GOMÁ GARCÉS¹⁴, la colocación del derecho a la vivienda entre los principios rectores «es señal de que se trata de un mandato constitucional dirigido al Estado en su conjunto, al que se le impone actuar para dar efectividad a los principios rectores de esa política social y económica». No podemos entenderlo como un derecho subjetivo que todo ciudadano puede reclamar de forma directa, a diferencia del derecho a la propiedad privada, que sí se trata de un verdadero derecho, lo que legitima a su titular a poder reclamarlo y defenderlo frente a quien se lo discuta o perturbe.

La SAP de Barcelona, de 21 de julio de 2020 confirma recientemente esta idea, afirmando que el derecho a la vivienda no es un verdadero derecho subjetivo, aunque se trate de un principio rector que debe tratar de desarrollar la administración. En concreto, esta sentencia afirma lo siguiente: «Es cierto que, conforme al artículo 47 CE “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación...”», lo cual supone una declaración —un principio rector de la política social y económica— y un explícito mandato a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho (con los citados deberes de “promover...” y de “regular...”, aunque no les impone el deber de proporcionar directa y físicamente la vivienda) y con la finalidad que se expone, detectándose como obstáculo a la efectividad del derecho, el fenómeno especulativo, a la vez que “impone” interpretar las disposiciones en el modo y forma que sea más conducente a tal fin; pero lo que no parece nítido es el “real contenido” de ese derecho que la norma afirma, máxime cuando —a diferencia de los derechos constitucionales recogidos en el cap. 2.º del tít. I, artículos 14 a 29 y 30.2 CE, con la doble protección del artículo 53.2 CE— no tiene la protección constitucional, directa e inmediata, del artículo 53.2 CE (es decir no es directa e inmediatamente ejercitable como verdadero derecho subjetivo, sino que precisa —art. 53.3 CE— de desarrollo legislativo), partiendo de que el precepto impone una obligación de hacer al poder público (crear las condiciones sociales económicas y jurídicas que hagan posible el acceso a la vivienda en función de

las rentas y del derecho a la libertad de residencia y domicilio, como, por ej., promover imposición de cargas públicas o impuestos a viviendas desocupadas por incumplimiento de la función social de la propiedad, es decir, “suspendida” la invocación directa, al desarrollo legislativo del derecho, pues el precepto “obliga” a desarrollar una política tendente a facilitar a todos el acceso a la vivienda, y no parece existir instrumento alguno a través del cual quepa exigir a los respectivos Parlamentos, estatal o autonómicos, que se haga realidad ese desarrollo legislativo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.1 CE), conjunto de prestaciones ajenas a la actividad jurisdiccional. En fin, tampoco puede olvidarse que el artículo 33 CE proclama el reconocimiento del derecho a la “propiedad privada”, delimita su contenido por las leyes ordinarias —arts. 541 CCC y 348 y 349 del Código civil, Ley del Suelo, etc.— y establece la expropiación por determinadas razones mediante indemnización, aunque eleva a nivel constitucional la “función social” como criterio definidor que las leyes han de adoptar para limitar el contenido de la propiedad (art. 53.1 CE), de forma que para el legislador pueda, sin incurrir en inconstitucionalidad, reducir el ámbito de poder del propietario, ha de respetar su contenido esencial (la alteración de este es presupuesto de la expropiación del 53.3 CE, y por ello, la “función social” nunca puede suprimir el “contenido esencial”, y este es el límite de la intervención legislativa, que solo puede sobrepasar mediante indemnización/expropiación por lo que el 33 ha de ponerse en relación con el 33.1, 38 y 128 CE); máxime cuando se trata de VPO y su adjudicación está sujeta a una normativa específica, respetando rigurosamente el orden de solicitudes y la concurrencia de los requisitos para el acceso o la adjudicación». Esta sentencia analiza un caso de okupación de un inmueble perteneciente al Sareb, y determina el lanzamiento de los okupas que no pueden alegar el derecho a la vivienda frente al derecho de propiedad de la entidad. De igual forma, el TC también ha confirmado que no existe un derecho fundamental a la vivienda en el artículo 47 CE, en la Sentencia núm. 32/2019, de 28 de febrero, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 4703/2018, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4)».

En consecuencia, entendemos que, entre una posible confrontación entre ambos derechos, no cabe duda de que el derecho de propiedad debe ser defendido por encima del «derecho a la vivienda» de dudosa categorización como tal. En este caso, debemos ser capaces de otorgar al propietario, titular de un verdadero derecho de especial protección por la constitución, de medidas efectivas frente a los okupas, que no tienen un verdadero derecho subjetivo a la vivienda, como a veces arguyen, y bajo cuya defensa se amparan para okupar inmuebles, incluso otras veces, ni siquiera realizan la usurpación del inmueble con dicha pretendida finalidad, si no por razones muy diversas, como pueden ser por ejemplo y simplemente perjudicar a los propietarios de esos inmuebles cuando son personas jurídicas (vgr. entidades financieras), en aras de una pretendida lucha social, o injusticia social, o gozar de un lugar de ocio o esparcimiento, por no pensar en que a veces hasta se trata de lugares okupados para tráfico de drogas u otras actividades ilícitas.

Si esto es así, y el derecho de propiedad (sea quien sea su titular) debe prevalecer sobre el «derecho a la vivienda», y por supuesto sobre esas otras motivaciones que alientan la okupación, no cabe duda de que debe de dotársele de mecanismos legales adecuados para su defensa, y ello implica que los propietarios consigan la recuperación inmediata —o casi— y la expulsión del okupa de su inmueble¹⁵.

Por eso, consideramos que debe producirse una nueva reforma legislativa ante la insuficiencia de la Ley 5/2018 que permita, con base en la acción de recuperación de la posesión, a través del juicio verbal, un lanzamiento inmediato del okupa. Para ello, debe ampliarse el ámbito subjetivo de los propietarios protegidos a todos ellos (sean personas físicas o jurídicas), así como reducir las posibilidades de prueba de la posesión válida del ocupante, exigiendo la acreditación de un título posesorio, de una posesión jurídica, y no una mera prueba indiciaria de una posesión temporal inmediata.

La última reforma llevada a cabo por el ejecutivo, en situación de urgencia, derivada de la pandemia que sufrimos por el Covid-19, mediante el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, no parece, sin embargo, entender así las cosas.

En este RD-Ley se amplían, de nuevo, los plazos de la suspensión de los lanzamientos y procedimiento de desahucio para los arrendatarios que, como consecuencia de la pandemia, no puedan hacer frente al pago de sus alquileres, o porque había expirado el plazo de aquellos, y no tuvieran otra solución habitacional, que ya estableció el RD-Ley 11/2020. Así lo recoge en el artículo 1, y los prorroga hasta el fin del nuevo estado de alarma declarado en Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el 9 mayo 2021. Es una medida solidaria, que suspende todos los plazos en los procedimientos, para que aquellos arrendatarios, puedan continuar viviendo en dichos inmuebles. Entendemos el perjuicio que puede suponer para el propietario, pero se establecen compensaciones para ellos, en aras de la función social de la propiedad, teniendo en cuenta la especial situación de aquellos arrendatarios que, teniendo en su momento título válido para poseer, por circunstancias sobrevenidas, han dejado de tenerlo, encontrándose en situación de vulnerabilidad.

Lo que nos sorprende de este nuevo RD-Ley 37/2020 es el nuevo artículo 1. bis que introduce en el RD-Ley 11/2020 antes citado. Conforme a este nuevo artículo 1 bis¹⁶, se impide la expulsión o lanzamiento de los inmuebles okupados de las personas que habitan en los mismos y que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Si bien es cierto que se ponen restricciones y que se limita dicha suspensión de lanzamientos, también lo es que se trata de la primera vez en la que se recoge en un texto legal el amparo a personas que, de forma ilegítima, sin título alguno que les habilite para la posesión que ejercen sobre el inmueble, puedan permanecer en el mismo en contra de la voluntad del propietario. Es decir, con todas las limitaciones que quieran (es necesario que se trate de personas vulnerables, dependientes, sin vivienda, que okupen viviendas de personas jurídicas, que hayan okupado con anterioridad a este real decreto), pero parece que el legislador está dando carta de naturaleza, por no decir impulsando, de alguna forma, la okupación de viviendas cuando se carezca de ellas y se esté en situación de vulnerabilidad. Impide al propietario el lanzamiento de los okupas, no puede ejercitar ninguna de las acciones que ya hemos analizado, sino que deja a discreción del juez el comprobar la vulnerabilidad y necesidad de esas personas para permitirles que continúen viviendo en propiedad ajena contra la voluntad del propietario. Y esto es así porque las modificaciones introducidas en el art. 1 bis admiten la paralización de los desahucios por okupación también en los casos en que dicho desahucio tuviera causa en un procedimiento penal, es decir, que su posesión ilegítima provenga expresamente de una okupación (tipificada en España como delito de allanamiento de morada o de usurpación de bienes inmuebles).

De nuevo, es sorprendente que solo se impida la expulsión de aquellos okupas que entraron o habitan en inmuebles que pertenezcan o bien a personas jurídicas, o bien a grandes tenedores de inmuebles (que tengan más de 10), pareciendo, una vez más, que el derecho de propiedad de una persona jurídica o de una persona con cierto patrimonio valga menos, y no pueda defenderse igual que el de una persona física. Si a estas se les protege su derecho de propiedad, ¿por qué no a aquellas? ¿Debemos entender que existen categorías del derecho de propiedad en función de su titular a las que se otorgue distinta posibilidad de defensa? Y aunque así fuera, cuestión con la que no podemos estar más en desacuerdo, ¿primaría entonces un supuesto derecho a la vivienda sobre un derecho de propiedad de «segundo grado», derecho fundamental constitucionalmente protegido?

Sinceramente, no podemos encontrar explicación jurídica a esta situación. El derecho de propiedad sea quien sea su titular, debe prevalecer sobre un principio rector que debe favorecer el Estado, como es el derecho a una vivienda digna. Es deber del Estado el establecer políticas públicas que conduzcan a que todos puedan disfrutar de una vivienda, pero no a costa de un derecho de los particulares. La injerencia, una vez más, de la administración pública en las relaciones *inter privatos* se pone de manifiesto.

En la exposición de motivos de este Real Decreto se alude a la función social de la propiedad para justificar esta limitación ¿temporal? del derecho de propiedad privada de las personas jurídicas, que delimita el contenido del derecho de propiedad. Eso es cierto, la función social forma parte del derecho de propiedad constitucionalmente reconocido, pero no compartimos el argumento expresado allí.

La exposición de motivos dice lo siguiente: «Este Real Decreto Ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general. Algunos de sus preceptos, particularmente los artículos 2 y 3, plantean límites temporales, puntuales y excepcionales en el derecho de propiedad que encajan en la función social que aquel debe cumplir «entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (STC 37/1987, FJ 2.º), por lo que la regulación por medio de real decreto ley no puede entenderse como una afectación que haga desaparecer el derecho, que lo convierta en otra cosa, o que lo haga irreconocible (STC 89/1994 de 17 de marzo, FJ núm. 5). Se respetan, además, los límites materiales del artículo 86.1 CE, en cuanto que no se regula el régimen general del derecho a la propiedad privada, sino que se modifica temporalmente un elemento puntual del mismo, relativo al aplazamiento en el cobro de la renta de alquiler».

¿Y cuando se trata de okupas, puede mantenerse este mismo argumento? Los okupas no son arrendatarios, no tienen título para poseer y por supuesto no pagan renta alguna; luego, no podemos entender que, en este caso, simplemente se trate de una suspensión temporal del cobro de las rentas de alquiler, cuestión que probablemente no afecte a la esencia del derecho de propiedad, más aun en una situación tan excepcional como vivimos, sino que se está «expropiando» el uso del inmueble a su propietario, no solo se le está impidiendo recibir los frutos (rentas) del mismo, sino la propia posesión que le es inherente, contra su voluntad y con una compensación que solo procede en caso de que el propietario pruebe el perjuicio o lucro cesante que la okupación le ha podido producir por una posible venta o alquiler que no ha llegado a producirse por la entrada en el inmueble, pero no en otro caso; a diferencia de lo que se establece en la disposición adicional segunda para los arrendamientos prorrogados¹⁷.

Creemos que en el caso de los okupas sí se puede estar afectando al contenido del derecho de propiedad¹⁸, y por lo tanto, ni siquiera esta sería la vía adecuada para limitarlo, pues debería hacerse a través de ley, y no un Real Decreto-Ley¹⁹.

Estas últimas reformas legislativas nos llevan a la conclusión de que, lejos de defenderse al propietario, se prefiere al okupa, aunque sea temporalmente. Se da prevalencia a un «derecho a la vivienda» construido *ad hoc*, amparado en una necesidad social a la que debe atender la administración, antes que el derecho fundamental a la propiedad privada, vulnerando derechos de particulares. Es el Estado el que no ha sabido cumplir su función, promoviendo viviendas sociales o una política de vivienda más adecuada, y son —de nuevo— los particulares los que ven sacrificados sus derechos ante la inoperancia de la administración.

Es cierto que lo que acabamos de exponer es un caso excepcional, pero indica tendencia legislativa. Creemos que el legislador debería preocuparse por establecer un procedimiento rápido de expulsión de los okupas, sea cual sea su situación, para defender el derecho de propiedad y, si fuera necesario, después, ofrecerles vivienda pública o asistencia social, pero no primar estos sobre el derecho de propiedad. De este modo, abogamos por la aprobación de un nuevo procedimiento rápido y sumario que haga frente a las okupaciones, sea cual sea su origen y su título posesorio, en el que la recuperación de la posesión sea casi inmediata, a través de medidas cautelares, con medios para solventar la dificultad de identificación y notificación a los demandados²⁰.

V. CONCLUSIONES

I. La okupación es un fenómeno en creciente desarrollo en nuestro país, que consiste en la toma de posesión de un inmueble ajeno, sin consentimiento de su titular, para uso de vivienda u otras finalidades, y sin pagar renta a cambio. No puede confundirse, por tanto, con la ocupación como medio legítimo de adquirir la propiedad en nuestro ordenamiento y reservado a cosas muebles y *nullius*.

II. Ante la okupación de un inmueble de su propiedad, que le impide la pacífica posesión de este, el propietario dispone de diversas acciones para defender su posesión y tratar de recuperarla. Estas son: acción para recobrar la posesión (interdicto posesorio), la acción de desahucio, la acción real registral y la acción reivindicatoria.

III. Ninguna de estas acciones se presenta como eficaz y rápida para conseguir la recuperación de la posesión por el propietario. La reivindicatoria que se tramita por el procedimiento ordinario es muy larga, y el interdicto posesorio o la acción real registral, a pesar de tramitarse a través del juicio verbal, pueden alargarse cuando el okupa acredite de alguna forma su posesión, impidiendo su desalojo inmediato, o cuando el propietario sea una persona jurídica o un gran tenedor, tampoco procederá su desalojo inmediato previsto en la reforma de la LEC por la Ley 5/2018.

IV. A la ineficacia de estas acciones, se suma la preferencia del «derecho a la vivienda» de personas vulnerables sobre el derecho de propiedad, derecho recogido en el artículo 33 CE. En efecto, el último RD-Ley /2020 de 2 diciembre, amparado en la función social de la propiedad, y el derecho a la vivienda de personas vulnerables y dependiente, extiende a los okupas la protección cuando se encuentren en esa situación, suspendiendo los lanzamientos derivados de las acciones —ya de por sí poco eficaces— que los propietarios hubieran interpuesto contra los okupas, y durante el tiempo que dure el estado de alarma.

V. No se justifica esta medida en el llamado «derecho a la vivienda» que alega el legislador. Este no es sino un principio rector de la política social y económica del Estado, y como tal está recogido en el artículo 47 CE. Por lo tanto, impone al Estado el establecer políticas públicas que procuren vivienda a todos los ciudadanos, pero no se trata de un derecho subjetivo de carácter particular que pueda reclamar de forma directa cada ciudadano, con acción legal para ello.

VI. Por lo tanto, ante un conflicto entre el derecho de la propiedad privada y un «derecho a la vivienda», debe prevalecer el primero. No entendemos, en consecuencia, lo establecido en el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, ni aunque sea de forma temporal, o restrictiva, pues creemos que se trata de una injerencia en un derecho constitucional, ya que se priva del contenido esencial del mismo a su titular como es la posesión, y no meramente la limitación temporal de una facultad, como ocurre en el caso de arrendamientos prorrogados, donde se suspende la obtención de frutos (rentas).

VII. De este modo, y para concluir, consideramos que el legislador debe adoptar medidas, en el ámbito civil, de mejor y mayor protección del propietario frente a los okupas. Debe facilitarse la recuperación inmediata de la posesión indebidamente pérdida, a través de medidas cautelares que así lo ordenen, sin posibilidad de prueba fehaciente en contrario por el okupa, y probablemente a través de un nuevo procedimiento específico que sirva en exclusiva para ello, solucionando los problemas actuales. Lo contrario significa la pérdida de la posesión contra la voluntad del legítimo poseedor prolongada, al menos durante casi 1 año, con el perjuicio que ello supone.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STDEH de 13 de diciembre de 2018

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 37/1987, de 26 de marzo
- STC 89/1994, de 17 de marzo
- STC 59/1995, de 17 de marzo
- STC 36/2012, de 15 de marzo
- STC 32/2019, de 28 de febrero

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 31 de diciembre de 1992
- STS de 29 de febrero de 2000
- STS de 6 de noviembre de 2008
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 28 de febrero de 2013
- STS de 19 de septiembre de 2013

- STS de 1 de octubre de 2014
- STS de 28 de febrero de 2017

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona, de 23 de junio de 2016
- SAP de Vizcaya, de 27 de marzo de 2017
- SAP de Barcelona, de 21 de julio de 2020

VII. BIBLIOGRAFÍA

- 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, 1-26.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2019). Precario y ocupación ilegal de viviendas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 1-14.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, F. (1990). Occupatio apis. *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, núm. 5, 49-72.
- CUENA CASAS, M. (2020). La deficiente tutela procesal civil de la posesión: una llamada a la «okupación» de inmuebles. *Blog Hay Derecho*, 15 de diciembre, 2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/15/la-deficiente-tutela-procesal-civil-de-la-posesion-una-llamada-a-la-okupacion-de-inmuebles/>.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil*, volumen III. Madrid: Tecnos.
- GOMÁ GARCÉS, I. (2020). Okupación: males que por otros males vienen. *Blog Hay Derecho*, 22 julio 2020, disponible en [https://Okupación: males que por otros males vienen - Hay Derecho \(expansion.com\)](https://Okupación: males que por otros males vienen - Hay Derecho (expansion.com)).
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, coord. por Mercedes Pérez Manzano, Ignacio Borrajo Iniesta; Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), María Emilia Casas Baamonde (dir.), Enrique Arnaldo Alcubilla (ed. lit.), Jesús Remón Peñalver (ed. lit.), Vol. 1, Tomo 1, 2018, 1382-1397.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2020). Ocupación de inmuebles y la instrucción 1/2020 de la FGE, sobre medidas cautelares para la recuperación de la posesión. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 1-10.
- PÉREZ DAUDÍ, V. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble. *Diario La Ley*, núm. 9008, Sección Documento on-line, 26 de junio de 2017, 1-9.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2018). Una visión judicial del «interdicto de recobrar la posesión» de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 1-11.
- RODRÍGUEZ DE BRUJÓN y FERNÁNDEZ, E. (2021). Se prohíbe desahuciar a los «okupas»: RDL 37/2020 de 23 de diciembre. *Economist&Jurist*, 13 de enero de 2021, disponible en https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=88203&force.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. (2004). Ocupación, hallazgo y tesoro. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 21, Universidad de la Laguna, diciembre, 185-229.

NOTAS

¹ Sobre la ocupación, concepto, objeto y caracteres, véase SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. (2004). Ocupación, hallazgo y tesoro. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 21, Universidad de la Laguna, diciembre, 185-229. Sobre sus antecedentes y requisitos: CAMACHO DE LOS RÍOS, F. (1990). Occupatio apud. *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, núm. 5, 49-72.

² Artículo 17.1 LPA: «1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.

2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley.

3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

³ Díez Pícazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Tecnos, Madrid, pp.166-173.

⁴ RAE: <https://dle.rae.es/okupar?m=form>.

⁵ Sobre las consecuencias de la okupación como delito, y su tratamiento penal, véase: Muñoz Cuesta, J. (2020). Ocupación de inmuebles y la instrucción 1/2020 de la FGE, sobre medidas cautelares para la recuperación de la posesión. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 1-10. Este autor considera que incluso la policía judicial, ante la denuncia del propietario, puede expulsar de forma inmediata al okupa con base en lo dispuesto en los artículos 282 y 284 LECrim: «según el artículo 282 LECrim tiene la obligación de comprobar el delito y descubrir a los delincuentes, el artículo 284 de esa Ley establece que los funcionarios que componen la policía judicial deben practicar las diligencias de prevención que fueren necesarias en cuanto tengan conocimiento de un delito, ello en relación con el artículo 11.1 b) de LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerza y Cuerpos de Seguridad que dispone que estos funcionarios deben auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa y la letra g) de ese artículo añade que tienen la obligación de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito».

⁶ 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, 10. (1-26).

⁷ BASTANTE GRANELL recoge los siguientes supuestos dentro del concepto amplio de precario: «a) La «posesión de origen contractual», caracterizada por la existencia de un título contractual en virtud del cual el dueño de una cosa la cede de forma gratuita a otro sujeto, sin determinación del tiempo ni del uso; b) la «posesión tolerada», que implicaría una cesión gratuita con el beneplácito del dueño de la cosa, sin una voluntad expresa, revocable en cualquier momento (relación extrajurídica)³³; y, por último, la «posesión sin título previo», referida a situaciones posesorias iniciadas sin relación jurídica alguna, sin o Documento 11 en contra de la voluntad del dueño o poseedor real». BASTANTE GRANELL, V. (2018). Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado», *ob. cit.*, 11.

⁸ De igual forma se manifiestan, la STS de 29 de febrero de 2000 y SAP de Barcelona, de 23 de junio de 2016.

⁹ Artículo 250.1. 4.º LEC: «4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social».

¹⁰ CUENA CASAS, M. (2020). La deficiente tutela procesal civil de la posesión: una llamada a la «okupación» de inmuebles. *Blog Hay Derecho*, 15 diciembre, 2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/12/15/la-deficiente-tutela-procesal-civil-de-la-posesion-una-llamada-a-la-okupacion-de-inmuebles/>

¹¹ Sobre los sujetos excluidos de legitimación activa en este procedimiento, véase RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2018). Una visión judicial del «interdicto de recobrar la posesión» de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10, 1-11.

¹² BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2019). Precario y ocupación ilegal de viviendas. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 8.

¹³ En el mismo sentido, así lo considera GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, coord. por Mercedes Pérez Manzano, Ignacio Borrajo Iniesta; Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), María Emilia Casas Baamonde (dir.), Enrique Arnaldo Alcubilla (ed. lit.), Jesús Remón Peñalver (ed. lit.), vol. 1, Tomo 1, 1382-1397, que afirma lo siguiente: «entre estos principios (los rectores de la política social) se encuentra el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que la propia Constitución no califica propiamente como un derecho, ya que, como indica el propio artículo 53.3 en su inciso segundo, estos principios «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispongan las leyes que los desarrollen».

¹⁴ GOMÁ GARCÉS, I. (2020). Okupación: males que por otros males vienen. *Blog Hay Derecho*, 22 julio 2020, disponible en [https://Okupación: males que por otros males vienen - Hay Derecho \(expansion.com\)](https://Okupación: males que por otros males vienen - Hay Derecho (expansion.com))

¹⁵ La Sentencia de 13 de diciembre de 2018 del TEDH, asunto Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia, abunda en esta tesis, añadiendo que además no puede dilatarse la protección del derecho de propiedad por la dilación en la ejecución de las sentencias que ordenan el lanzamiento de los okupas, pues esa dilación supone vulnerar el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH).

¹⁶ Artículo 1 bis, introducido por el RD-Ley 37/2020, de 22 de diciembre, en el RD-Ley 11/2020:

«Artículo 1 bis. Suspensión durante el estado de alarma del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

1. Desde la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley y hasta la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, en todos los juicios verbales en los que se sustancien las demandas a las que se refieren los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el juez tendrá la facultad de suspender el lanzamiento hasta la finalización del estado de alarma.

Estas medidas de suspensión que se establecen con carácter extraordinario y temporal, dejarán de surtir efecto en todo caso en cuanto finalice el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

2. Será necesario para poder suspender el lanzamiento conforme al apartado anterior, que se trate de viviendas que pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas y que las personas que las habitan sin título se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por encontrarse en alguna de las situaciones descritas en la letra a) del artículo 5.

El Juez tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta, entre otras que procedan, las siguientes circunstancias:

a) Las circunstancias relativas a si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de extrema necesidad. Al efecto de analizar el estado de necesidad se valorará adecuadamente el informe de los servicios sociales emitido conforme al apartado siguiente.

b) Las circunstancias relativas a la cooperación de los habitantes de la vivienda con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para una alternativa habitacional que garantizara su derecho a una vivienda digna.

3. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, quien habite la vivienda sin título habrá de ser persona dependiente de conformidad con lo dispuesto en el apartado dos del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad. En todo caso, la persona o personas que ocupan la vivienda sin título deberán acreditar, además, que se encuentran en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en la letra a) del artículo 5 del presente Real Decreto Ley mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1. El letrado de la Administración de Justicia, dará traslado de dicha acreditación al demandante o denunciante.

4. El letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios informe, que deberá ser emitido en el plazo máximo de quince días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad de la persona o personas que hayan fijado en el inmueble su vivienda, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente.

5. Acreditada la situación de vulnerabilidad de la persona que habite en la vivienda y ponderadas por el juez todas las demás circunstancias concurrentes, este dictará auto acordando, en su caso, la suspensión por el tiempo que reste hasta la finalización del estado de alarma. Si el solicitante no acreditara la vulnerabilidad o no se encontrara entre las personas con derecho a instar la suspensión conforme a lo señalado en el apartado 2 o concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 6, el juez acordará mediante auto la continuación del procedimiento.

Durante el plazo máximo de suspensión fijado, las administraciones públicas competentes deberán, caso de quedar constatada la vulnerabilidad económica, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. Una vez adoptadas dichas medidas la Administración competente habrá de comunicarlo inmediatamente al Tribunal competente, y el juez deberá dictar en el plazo máximo de tres días auto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento y el correspondiente lanzamiento.

6. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona demandada por la mera presentación de su solicitud de suspensión.

7. En ningún caso procederá la suspensión a que se refiere este artículo si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario.

b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas.

d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

e) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley».

¹⁷ Disposición adicional segunda. Derecho de arrendadores y propietarios a la compensación.

«1. Los arrendadores afectados por la suspensión extraordinaria prevista en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, tendrán derecho a solicitar una compensación en los términos previstos en los apartados siguientes cuando la administración competente, en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna, no hubiera adoptado tales medidas.

2. La compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador, por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o por finalizar el estado de alarma. No obstante, si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en renta dejada de percibir durante el mismo periodo señalado anteriormente más los gastos corrientes.

3. La solicitud de compensación podrá presentarse hasta un mes después de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, debiendo formular el arrendador una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente.

4. Los propietarios de las viviendas afectadas por las medidas adoptadas conforme al artículo 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, tendrán derecho a solicitar una compensación si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble.

5. Si se acreditara la concurrencia de perjuicio económico en los términos establecidos en el apartado anterior, la compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido su propietario, por el periodo que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por auto o por finalizar el estado de alarma.

6. La solicitud de compensación podrá presentarse hasta un mes después de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, debiendo formular el titular de la vivienda una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente».

¹⁸ Recordemos que se recoge en el artículo 33 CE, del Título Primero, y por lo tanto especialmente protegido y cuyo ejercicio solo puede regularse por ley conforme al artículo 53.1 CE aún en caso de emergencia.

¹⁹ En este sentido se manifiesta RODRÍGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ, E. (2021). Se prohíbe desahuciar a los «okupas»: RDL 37/2020 de 23 de diciembre. *Economist&Jurist*, 13 de enero de 2021, disponible en https://www.economistjurist.es/export.php?post_id=88203&force.

²⁰ Véase las propuestas que hace en este sentido PÉREZ DAUDÍ, V. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble. *Diario La Ley*, núm. 9008, Sección Documento on-line, 26 de junio de 2017, 1-9.

1.4. Sucesiones

La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?

The lack of family relationship: right causa of disinheritance?

por

CLARA GAGO SIMARRO
*Profesora ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Oviedo*

PABLO ANTUÑA GARCÍA
*Abogado
Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*

RESUMEN: La situación cada vez más frecuente de abandono de personas mayores por sus hijos o descendientes colisiona con el sistema sucesorio español que beneficia a tales hijos o descendientes en su condición de legitimarios: se plantea la disyuntiva de cómo reconocer derechos legitimarios a quienes no mantienen con el causante en sus últimos años de vida ninguna relación ni comunicación, interesándose únicamente por aquel tras su fallecimiento. La admisión jurisprudencial del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra *ex* artículo 853.2.º del Código civil ha abierto la posibilidad de admitir la ausencia de relación familiar imputable exclusivamente al legitimario como una modalidad de maltrato psicológico y, por tanto, como justa causa de desheredación de hijos o descendientes, a semejanza del Derecho civil catalán. El presente trabajo analiza la evolución jurisprudencial del concepto legal de maltrato de obra para poder concluir si la ausencia de relación familiar puede ser reconocida como justa causa de desheredación de hijos o descendientes.

ABSTRACT: *It is becoming more habitual the abandon of elderly inside their own family nucleus, which affects inheritance law and the legitimate institution: the debate arises about whether to recognize legitimate rights to those who abandon the testator during the last years of his life, causing him sadness. However, jurisprudence is admitting psychological abuse as a cause of disinheritance inherent in article 853.2 of the Civil Code, what has been included in the Civil Code of Cataluña. In this article we analyze the evolution of the jurisprudence about the mistreatment of the testator as a cause of disinheritance in order to answer the question: may abandon of ascendants become a disinheritance cause based on mistreatment in terms of the article 853.2 of the Civil Code?*

PALABRAS CLAVE: Desheredación. Legítima. Maltrato psicológico. Falta de relación familiar.

KEY WORDS: *Disinheritance. Legitimate. Mistreatment. Psychological abuse. Lack of family relation.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA DESHEREDACIÓN DE UN DESCENDIENTE POR MALTRATO PSICOLÓGICO.—III. LA DESHEREDACIÓN POR AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR: 1. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO JUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN. 2. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO INJUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El sistema sucesorio español se inspira en el principio de libertad de testar, conforme al cual toda persona tiene derecho a decidir el destino de sus bienes para después de su muerte con preferencia a la designación que realiza el legislador. Sin embargo, este principio se ve considerablemente restringido por la institución legitimaria que impone al testador la obligación de atribuir una porción determinada de sus bienes a determinados parientes (a sus legitimarios). Las legítimas limitan la libertad del testador tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa: cuantitativamente porque el causante está obligado a disponer a favor de sus legitimarios de una parte del caudal relicto que en caso de hijos o descendientes asciende a las dos terceras partes de la herencia; y, cualitativamente, porque la privación del derecho a la legítima únicamente puede operarse en los casos expresamente determinados por la ley *ex* artículo 813 del Código civil. Ello significa que en caso de que concurren a la sucesión uno o varios legitimarios, el testador no puede disponer libremente de todos sus bienes, salvo en los casos expresamente determinados por la ley: la desheredación (arts. 848 a 857 CC).

La rigidez del sistema de legítimas ha provocado que la doctrina mayoritaria abogue por una reforma en profundidad del derecho sucesorio español¹, postulando la flexibilización de la institución legitimaria, e incluso la supresión total de las legítimas so pretexto de la soberanía de la voluntad del testador².

No obstante, entretanto se revisa la institución legitimaria, la doctrina ha buscado mecanismos de flexibilización *secundum lege*: entre los que destaca una interpretación flexible del concepto legal de «maltrato de obra» como justa causa de desheredación de hijos o descendientes (art. 853.2.º CC)³. Dicha interpretación del concepto legal de «maltrato de obra» parece admitir como justa causa de desheredación no solo las agresiones físicas, sino también el maltrato psicológico e, incluso, la ausencia de relación familiar entre el testador y el descendiente legitimario⁴. Se trata de un mecanismo que ha cobrado especial importancia por la necesaria flexibilización de la institución legitimaria, además de por el incremento de la esperanza de vida que trae como consecuencia un número cada vez mayor de personas ancianas vulnerables, así como por la influencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, en especial el Libro IV del Código civil de Cataluña, en el que se introducen reformas significativas que restringen la institución legitimaria en pro de la libertad del testador, incluyendo como nueva causa de desheredación de hijos o descendientes «...la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el descendiente legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario» [art. 451-17.2.e) CCCat].

II. LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO PSICOLÓGICO

El testador puede desheredar a uno de sus hijos o descendientes en su testamento siempre que concurra una de las causas de desheredación tasadas en el artículo 853 del Código civil. Como causas particulares de desheredación, el citado precepto establece haber negado al testador, sin motivo legítimo, alimentos o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra⁵. Con ello, el Código civil mantiene el sistema de *numerus clausus* introducido por Justiniano en la Novela 115, al excluir toda posibilidad de analogía o interpretación extensiva a tal efecto. Y es que, no en balde, en tanto que limitativas de derechos, las causas de desheredación deben interpretarse restrictivamente en aplicación del principio *odiosa sunt restringenda*, pues de lo contrario «...se podría dar al traste con todo el sistema legitimario» (STS de 30 de septiembre de 1975).

En concreto, el artículo 853.2.º del Código civil estima como justa causa de desheredación a un hijo o descendiente haber maltratado de obra al testador, cuyo fundamento último se encuentra tal y como declara BARCELÓ DOMÉNECH en «la protección al respeto que los padres o ascendientes merecen como consecuencia de la relación parental que les une con sus hijos o descendientes»⁶.

De conformidad con la jurisprudencia tradicional, la concurrencia de la causa de desheredación examinada no queda supeditada a la existencia de una sentencia penal condenatoria (STS de 4 de noviembre de 1904)⁷, pero requiere la prueba de una agresión o conducta de violencia física. La jurisprudencia tradicional a través de una interpretación rígida y estricta del precepto identificó el maltrato de obra con la violencia o agresión física. Conforme a dicha doctrina, debía entenderse por maltrato de obra todo «acto por el que el desheredado realiza acciones que implican un *tratar mal* al testador que deshereda, es decir, efectuar un acto de violencia física»⁸. No cabe duda de que el testador podrá desheredar a un hijo o descendiente por haberle maltratado de obra si queda probado un acto de violencia física. Así se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª) de 19 de diciembre de 2013 en la que se estimó justa la desheredación a la hija al haber quedado probada la agresión física acometida contra la testadora que había sido objeto incluso de un procedimiento penal por violencia doméstica.

La interpretación estricta del concepto legal de maltrato de obra llevó al Tribunal Supremo a rechazar como justa causa de desheredación el maltrato psicológico, entendiendo que eran hechos y circunstancias que al no derivar en una agresión física corresponderían al campo de la moral, debiendo escapar a la valoración jurídica. Como exponente de esta tendencia cabe destacar la Sentencia de 28 de junio de 1993 que rechazó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación. En el caso de autos el padre había desheredado a su hija en testamento por maltrato de obra e injurias graves de palabra so pretexto de que con ocasión del divorcio de sus padres la hija había testificado que aquel tenía una empleada que también era su amante, lo cual desembocó en una total falta de relación familiar. Sobre la base de estos hechos, el Tribunal Supremo entendió que la falta de relación afectiva y comunicación y el abandono sentimental sufrido por el testador son circunstancias que «corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, solo están sometidas al tribunal de la conciencia», no incardinables por tanto dentro del concepto de maltrato de obra⁹.

Comparte esta interpretación restrictiva la Sentencia de 4 de noviembre de 1997 que consideró que la falta de convivencia y relación afectiva de los demandantes con el causante (padre), el nulo cuidado para confortarle de sus dolencias mortales y la ausencia en su entierro no son subsumibles en ninguna

de las causas de desheredación contempladas en el artículo 853 del Código civil, por cuanto «la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra a su padre, y no demostrada la causa de la desheredación (art. 850 CC) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible»¹⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia actual postula una interpretación flexible del concepto legal de «maltrato de obra» como justa causa de desheredación de hijos o descendientes. El incremento de la esperanza de vida con el consecuente aumento de personas mayores vulnerables ha supuesto un cambio en la doctrina jurisprudencial, a partir del cual tiene cabida dentro del concepto legal de «maltrato de obra» el maltrato psicológico, precisando que el abandono emocional puede ser considerado maltrato psicológico atendiendo al caso concreto, tal y como se observa en las Sentencias de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015.

Pese a lo anterior, conviene precisar que la novedad de este planteamiento resulta relativa, puesto que una interpretación flexible del maltrato de obra como justa causa de desheredación ya se vislumbraba en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores. Así, la Sentencia de 26 de junio de 1995 consideró válida la cláusula testamentaria de desheredación a un hijo de la causante, pese a la inexistencia de agresión física alguna sobre la persona de la testadora, afirmando que lo que el maltrato de obra presupone es la existencia de afrentas contra la moral del testador¹¹. En el caso enjuiciado, la testadora convivía con su hijo y la esposa de este, quien llegado el momento la obligó a abandonar la vivienda familiar ante la pasividad del hijo, que no hizo nada por evitar tal expulsión. Tras abandonar el domicilio familiar la testadora pasó a ocupar otra vivienda «en estado ruinoso y sin otras atenciones y ayudas que las de una sobrina»; circunstancias que el Tribunal Supremo consideró suficientes para estimar que efectivamente concurría la existencia de un maltrato de obra en los términos previstos por el artículo 853.2 del Código civil¹².

La progresiva flexibilización del concepto de «maltrato de obra» con anterioridad a la Sentencia de 3 de junio de 2014 se observa, asimismo, en la jurisprudencia menor, calificando como justa causa de desheredación de hijos o descendientes casos en los que no había existido una agresión o acciones de violencia física contra el testador, pero se habían producido conductas graves por parte del descendiente desheredado generadoras de un menoscabo psicológico que, al menos en términos de justicia material, eran merecedoras de una sanción civil.

Así se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 20 de abril de 2001 al analizar si la actuación del hijo siete días antes de que la testadora hubiese otorgado testamento de presentar una demanda de juicio de menor cuantía en reclamación de la propiedad del piso que esta ocupaba podía considerarse causa suficiente de desheredación por el *quebranto psicológico causado*. Tras definir el maltrato de obra como «toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador», la Sentencia concluye que la actuación anteriormente descrita es constitutiva de maltrato psicológico por las circunstancias en que se hizo y con el resultado que luego se ha demostrado, «creándose una situación que pone de manifiesto una actitud innecesaria y en absoluto justificada»¹³.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) de 23 de marzo de 2007, tras considerar que «la falta de los más mínimos cuidados y atención por parte de los demandantes hacia su padre y abuelo, que padecía una grave enfermedad al final de sus días, podrían quedar subsumidos en el ámbito de la moral y conciencia de cada uno» estimó que la falta de afecto, el abandono del causante enfermo, los insultos, la expulsión de su hogar y el rechazo de toda comunicación telefónica podían calificarse de maltrato y, en consecuencia, operar como justa causa de desheredación.

En parecidos términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a) de 12 de febrero de 2010 estimó que «...la actuación de las hijas al demandar la división de la vivienda indivisa en que residía su padre con su segunda esposa sí constituye un maltrato de obra hacia su padre, incardinándose su actuación en la causa segunda de desheredación del artículo 853 del Código civil, maltrato de obra, y ello porque no estamos hablando de un maltrato físico, sino de un comportamiento desconsiderado, ofensivo, creador de grave angustia y susceptible de causar un perjuicio material elevadísimo» —en el asunto concreto la venta de la vivienda habría dejado al testador sin domicilio en el que residir—.

La posible admisión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra y, en consecuencia, como justa causa de desheredación es acogido finalmente por la Sentencia de 3 de junio de 2014¹⁴, considerando que ello no implica una interpretación extensiva o analógica del artículo 853.2.º del Código civil, sino, una interpretación flexible.

El Tribunal Supremo confirma el planteamiento acogido por las sentencias de instancia y, en consecuencia, admite el maltrato psicológico como justa causa de desheredación so pretexto de considerar que, aunque las causas de desheredación de hijos o descendientes sean únicamente las contempladas taxativamente en el artículo 853 del Código civil sin que sea admisible una interpretación extensiva o analógica, cabe una interpretación flexible ajustada a la realidad social (art. 3 CC) de una determinada causa previamente admitida por la Ley. Íntimamente conectado con lo expuesto, la Sentencia estima 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». Por último, el Tribunal Supremo entiende que dicha conclusión encuentra su fundamento en el principio de *favor testamenti* como vertiente del principio general del derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos¹⁵.

Conforme a los argumentos expuestos, la Sentencia estima justa la causa de desheredación de los hijos por haber maltrato de obra al testador en su vertiente de maltrato psicológico: «...fuera de un pretendido *abandono emocional*, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, 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»¹⁶.

Esta doctrina se reitera pocos meses después por la Sentencia de 30 de enero de 2015¹⁷, considerando el maltrato psicológico como una modalidad de maltrato

de obra y, en consecuencia, como justa causa de desheredación¹⁸. En el caso enjuiciado el hijo aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de su madre logró que en la escritura pública de donación no solo se incluyera el bien que su madre quería donarle, sino la práctica totalidad de sus bienes inmuebles, por ello, el Tribunal Supremo considera probado que «la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo (...), con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprobable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre». Con base en ello, la Sentencia considera que concurre justa causa de desheredación por el maltrato psicológico infligido, pues «solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó en los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a fines del año 2003, a otorgar donaciones a favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio».

La admisión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra se reitera por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 en un asunto sobre revocación de donaciones por ingratitud del donatario¹⁹. El Tribunal Supremo realiza una interpretación sociológica del artículo 648.1 del Código civil acorde con la propugnada en relación con el concepto de «maltrato de obra» como causa legal de desheredación. A tal efecto, el Tribunal Supremo falla la revocación de la donación por ingratitud del donatario al haber quedado probado en diversos episodios un trato despectivo y humillante por parte de la donataria (hija de los donantes) que culminó en una bofetada a su padre e insultos e injurias graves a su madre²⁰. Con dicho pronunciamiento se refuerza la posición de los ascendientes que han sufrido un maltrato psicológico, ya que pueden no solo desheredar a sus hijos o descendientes, sino también recuperar los bienes que les habían donado con anterioridad. De no haberse adoptado dicha conclusión, se llegaría al absurdo de privar al desheredado de su derecho a la legítima por maltrato psicológico, conservando para sí los bienes donados e imputar tales bienes a su legítima en la sucesión del causante (siempre que sucedieran sus descendientes por derecho de representación)²¹.

Aun cuando es de agradecer el paso dado a este respecto por el Tribunal Supremo al eliminar cierta inseguridad jurídica sobre la posibilidad de considerar el maltrato psicológico como justa causa de desheredación²², lo cierto es que el Tribunal Supremo no alcanza a definir objetivamente en qué consiste dicho maltrato psicológico²³: de una parte, resulta extremadamente vago el concepto de toda acción «que determine un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima», pues da cabida a toda clase de comportamiento del hijo o descendiente desheredado que induzca al testador a una sensación de malestar o de pesadumbre; de otra parte, pudiera parecer que el Tribunal Supremo deja de lado la posible concurrencia del maltrato por omisión por parte del desheredado, que, en incontables ocasiones, puede provocar una situación mucho más dañina o grave para quien la sufre. Esta vaguedad podría incrementar la subjetivación en la interpretación de las causas de desheredación, dejando al arbitrio del testador o, más problemático todavía, del juez o tribunal que resuelva sobre la causa de desheredación, la concurrencia de esa percepción en la persona del testador²⁴.

La ausencia de una definición general del maltrato psicológico a efectos de su admisión como justa causa de desheredación de hijos o descendientes aconseja prestar atención a la jurisprudencia menor: en concreto, a la definición expuesta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección Única) de 20 de abril de 2001, a cuyo tenor el maltrato de obra debe entenderse como «toda

aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador». O, en su caso, a la acertada definición ofrecida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de febrero de 2017, que precisa que «...el maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de ese tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc., del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece».

A la vista de las definiciones expuestas a los efectos del artículo 853.2.º del Código civil son varias las conclusiones que pueden extraerse: en primer lugar, debe admitirse el maltrato tanto por una conducta activa (acción) como omisiva (omisión) del descendiente, ya que la conducta pasiva del hijo o descendiente puede provocar al igual que una conducta activa un daño grave en el testador; asimismo, la conducta del desheredado debe ser tendente a causar un menoscabo *físico o psíquico*, es decir, debe existir cierta suerte de culpa o dolo en la forma de actuar del desheredado para con el testador susceptible de producir un daño físico y/o un menoscabo en su salud mental; y, por último, no debe existir una justificación inmediata en la propia actitud del testador, es decir, la conducta debe ser imputable al hijo o descendiente desheredado.

Además de lo expuesto, también cabe añadir que la acreditación del maltrato psicológico no puede depender exclusivamente de la voluntad de desheredar del testador ni de la simple apreciación subjetiva del trato recibido, sino que debe existir un maltrato psicológico acreditado objetivamente²⁵. Así se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) de 21 de abril de 2015, al declarar que lo determinante es poder demostrar que 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 (...). La apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez que, en todo caso, ha de operar restrictivamente porque, de otro modo, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos»²⁶.

En cualquier caso, la falta de una precisa delimitación en la jurisprudencia más reciente de qué debe entenderse objetivamente por maltrato psicológico a efectos de la aplicación del artículo 853.2.º del Código civil ha generado un incremento de la litigiosidad y, con ello parece haberse instaurado un terreno de inseguridad jurídica que exige cada vez con mayor premura una reforma legislativa.

III. LA DESHEREDACIÓN POR AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR

La doctrina jurisprudencial que admite el maltrato psicológico como una modalidad de maltrato de obra y, por ende, como justa causa de desheredación ha suscitado la posibilidad de incardinar la ausencia de relación familiar impu-

table exclusivamente al hijo o descendiente en el artículo 853.2.º del Código civil. Dicho planteamiento trae consigo el problema de determinar si la ausencia de relación familiar puede *per se* operar como causa suficiente y autónoma para fundamentar la desheredación de hijos o descendientes o, si, por el contrario, resulta necesaria su vinculación al maltrato psicológico.

No puede negarse que cada vez son más frecuentes los casos en que los hijos se desinteresan totalmente de sus padres durante sus últimos años de vida, pero se muestran interesados tras su fallecimiento para reclamar los derechos sucesorios que les corresponden. Sin embargo, la cuestión que se plantea no es tanto si por razones de justicia material sería aconsejable considerar tales conductas como dignas de desheredación, sino más bien si de acuerdo con la normativa vigente cabe subsumir dichas conductas en el concepto legal de maltrato de obra.

Antes de la admisión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra la jurisprudencia rechazaba tajantemente la posibilidad de admitir la mera ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación. Sin embargo, como consecuencia de los pronunciamientos favorables a la interpretación flexible del concepto legal del maltrato de obra comenzaron a proliferar pronunciamientos estimatorios de la desheredación del descendiente legitimario por su falta de relación familiar con el testador: ello se traduce en una jurisprudencia contradictoria, dado que mientras algunas Audiencias Provinciales solo admiten como justa causa de desheredación supuestos en los que la falta de relación familiar había generado en el testador un menoscabo de su salud mental (maltrato psicológico), otras van más allá y reconocen también la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación cuando queda acreditada la imputabilidad al hijo o descendiente desheredado, de acuerdo con la interpretación flexible del artículo 853.2.º del Código civil atendiendo a la realidad social.

El trasfondo de dicha divergencia jurisprudencial radica en la existencia «... en muchos casos de una delgada línea divisoria entre las conductas constitutivas de maltrato psicológico y supuestos de, simplemente, malas relaciones entre padres e hijos»²⁷, lo que dificulta determinar en qué casos existe un maltrato psicológico y en cuáles una mera falta de relación afectiva entre testador y legitimario. Ello implica la necesidad de delimitar las conductas que deben incluirse en el concepto legal de maltrato de obra, pues sólo aquellas conductas que puedan categorizarse como maltrato de obra podrán habilitar la desheredación del hijo o descendiente.

1. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO JUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN

El debate acerca de la virtualidad de la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación ha adquirido especial importancia tras los pronunciamientos del Tribunal Supremo favorables a la interpretación flexible de las causas de desheredación de acuerdo «con la realidad social, el signo cultural y a los valores del momento en que se producen» (STS de 3 de junio de 2014), así como por la ausencia de una definición objetiva del maltrato psicológico.

Adicionalmente, la inclusión de «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario» como causa autónoma de desheredación de hijos o descendientes en el artículo 451-17.2 del Código civil de Cataluña no ha hecho

sino incrementar la conveniencia de extrapolar dicha solución en el ámbito del Derecho común²⁸.

El preámbulo del referido Libro IV del Código civil de Cataluña justifica la inclusión de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación en la reducción de los derechos de los legitimarios acorde con la realidad social: así, «...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».

Dicho planteamiento se observa claramente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de enero de 2018, en la que se justifica dicha *nueva* causa de desheredación so pretexto de que «...si la desheredación tradicional consiste en la sanción impuesta al legitimario que realiza un comportamiento contrario a los deberes familiares básicos, con la nueva causa de desheredación el legislador da un paso adelante consciente de que el modelo familiar actual pone más énfasis en los vínculos afectivos que en el estricto parentesco, y considera causa justificada de pérdida de la legítima la ruptura afectiva entre el causante y el legitimario manifestada simplemente a través de la *ausencia manifiesta y continuada de relación familiar* entre ellos, pero siempre que dicha ausencia sea exclusivamente imputable al legitimario. La regla presupone que el vínculo de parentesco crea naturalmente una relación familiar, entendida como relación cercana (puede servir de canon interpretativo la expresión *trato familiar* empleada por el artículo 443-5 CCCat para supeditar los derechos sucesorios intestados entre parientes por adopción a la concurrencia de este tipo de relación), no necesariamente convivencial, por lo que la ausencia *manifiesta y continuada* —se requiere por tanto una cierta notoriedad y continuidad en el tiempo— de relación familiar es justa causa de desheredación, si bien la falta de relación debe ser imputable en exclusiva al legitimario no en vano se trata indiscutiblemente de una sanción civil».

La ausencia de relación familiar no implica *per se* la desheredación justa de un hijo o descendiente, pues el artículo 451-17.2 del Libro IV del Código civil de Cataluña exige que la falta de relación entre el testador y el descendiente desheredado sea, por un lado, continuada y manifiesta²⁹, y, por otro, que obedezca además a una causa imputable exclusivamente al legitimario³⁰. Y es que como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) de 31 de marzo de 2016 «la mera desaparición de los vínculos afectivos entre parientes próximos, incluso manifestada en forma de ausencia notoria y continuada de relación familiar, no es justa causa de desheredación. Un escenario de desafección de esa trascendencia solo autoriza a desheredar cuando la rotura de los lazos familiares es exclusivamente imputable al legitimario».

Ello significa que la causa de desheredación no concurrirá si a la vista de las circunstancias del caso la desaparición del vínculo afectivo es imputable únicamente al causante o lo es en partes significativas tanto al propio causante como al desheredado. No en balde «no resulta equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución arraigada en esos vínculos» [SAP de Barcelona (Sección 17.^a) 17 de noviembre de 2017]. La necesaria imputabilidad al desheredado de la ausencia de relación familiar exige al juez o tribunal indagar sobre las intimidades familiares, así como a los restantes

herederos probar que la falta de relación obedece a la conducta exclusiva del desheredado, lo que en muchas situaciones es especialmente controvertido y difícil de acreditar³¹.

Sirva a modo de ejemplo respecto a la forma de proceder en aras a acreditar la imputabilidad al hijo o descendiente desheredado de la ausencia de relación familiar y los elementos a tener en cuenta a tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a) de 28 de diciembre de 2017, en la que se consideró probada la existencia de la causa de desheredación *ex* artículo 451.17.2.e) a la vista de que: «1) no ha sido aportada ninguna fotografía de las actoras con su madre con motivo de cualquier celebración, evento, o acto de cualquier tipo, siendo un hecho notorio, como tal no necesitado de especial prueba, la facilidad de obtener, en la actualidad, un testimonio gráfico de cualquier situación o acontecimiento familiar, por la incorporación de cámaras fotográficas en los teléfonos móviles, de los que disponen hasta los menores de edad; 2) no consta ningún intento de las actoras de visitar a su madre, en su domicilio, en el hospital, centro de salud, comercios, en la vía pública, o en cualquier otro sitio, siendo así que no consta ningún impedimento para hacerlo, habiendo conformidad entre las partes en cuanto a que, al menos, el cónyuge e hijo de una de las demandantes, sí pudieron acudir, sin problemas, a visitar a la causante; 3) no consta en todo ese tiempo ninguna comunicación, postal, telefónica, o electrónica de las actoras con su madre; 4) no consta ningún regalo, transferencia, o ayuda económica; y 5) no consta, en definitiva, que las demandantes hayan mostrado ningún interés acerca del estado de salud, la situación económica, o la actividad o la situación en general de su madre».

La dificultad apuntada acerca de la prueba de la imputabilidad al legitimario desheredado de la ausencia de relación familiar con el causante se pone de manifiesto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a) de 13 de febrero de 2014 que considera «necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredamiento, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario»³².

Pese a los inconvenientes derivados de la causa de desheredación analizada, especialmente derivados de la dificultad probatoria, lo relevante a estos efectos es poner de manifiesto que el Derecho civil de Cataluña ha incluido la ausencia de relación familiar imputable al desheredado como causa autónoma y distinta del maltrato al testador en respuesta a su tendencia de flexibilizar el sistema legitimario, dando mayor relevancia a la libertad de disposición del testador y limitando el ámbito de actuación de la institución legitimaria³³.

Lo cierto es que con anterioridad a la entrada en vigor del Libro IV del Código civil de Cataluña la jurisprudencia excluía la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación, pese a admitir el maltrato psicológico (actualmente admitido expresamente *ex* art. 451-17 CCCat), conforme a una interpretación flexible del artículo 370.3 del Código de sucesiones por causa de muerte, a cuyo tenor constituía causa de desheredación «haber maltratado de obra (...) gravemente, al testador o a su cónyuge». La jurisprudencia catalana entendió que el maltrato psicológico se hallaba comprendido en la causa de desheredación del maltrato de obra, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015).

En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 2 de febrero de 2017 esta admisibilidad como causa de desheredación del maltra-

to psicológico «...puede ser aplicada en Cataluña sin dificultad no solo porque la redacción del precepto es en ambos casos idéntica —*Código civil* y *Código de sucesiones catalán*—, 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»³⁴.

La admisión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra, choca con el rechazo por la Sentencia transcrita de extender dicha admisión como regla general a la ausencia de relación familiar imputable al desheredado: esta sentencia entiende que solo debería ser admisible como justa causa de desheredación la conducta reprochable al hijo o descendiente que hubiera generado un menoscabo en la salud mental del testador (maltrato psicológico), pero no aquellas conductas que implican una mera ruptura de las relaciones familiares. De tal forma que, solo si la falta de relación afectiva entre ascendiente y descendiente hubiera afectado a la salud mental del testador podría considerarse válida y justa la desheredación por maltrato de obra en su modalidad de maltrato psicológico.

Consecuentemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó que en el caso enjuiciado concurría justa causa de desheredación, ya que «...la causa invocada de abandono asistencial y emocional durante la enfermedad del abuelo se debe relacionar con el maltrato psicológico y no con el mero distanciamiento de la relación familiar (...) La incuria asistencial y emocional a los abuelos, en sus últimos años de vida, en los que precisamente más se necesita la comprensión, auxilio y ayuda de los familiares directos, en el entorno de un pueblo pequeño y rural en el que los abuelos y el nieto vivían, es susceptible de causar el menoscabo psicológico».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 2019 reitera su rechazo a la admisión de la ausencia de relación familiar como causa justa de desheredación con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil de Cataluña: «la falta de relación afectiva y comunicación entre nietos y abuelos, el abandono sentimental sufrido por la abuela y la ausencia de interés con sus problemas diarios podría ser socialmente reprochable y por ello se ha insertado como nueva causa de desheredación en el artículo 451-17. 2 e) CCCat siempre que sea por causa imputable al legitimario»; sin embargo, debido a que el testador falleció con anterioridad a la entrada en vigor del Libro IV del Código civil, la Sentencia rechaza la falta de relación familiar como justa causa de desheredación de los nietos demandados.

El planteamiento seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña parece dejar claro que la desheredación por maltrato de obra opera como una causa distinta a la ausencia de relación familiar imputable al legitimario desheredado. Se trata de un enfoque que, por lo demás, concuerda con el artículo 451-17 del Libro IV del Código civil de Cataluña, en el que se contemplan ambas causas de desheredación de forma independiente: por un lado, el maltrato grave (físico o psíquico) al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador; y, por otro, la ausencia manifiesta continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. Ello significa que el maltrato en cualquiera de sus modalidades (maltrato físico o psicológico) es causa de desheredación y, además también lo es, sin necesidad de constituir maltrato, la ausencia de relación familiar imputable exclusivamente al legitimario. Consecuentemente y, como acertadamente precisa el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña «no

tener relación no equivale a tener mala relación» (STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015)³⁵.

Efectivamente, debe diferenciarse el maltrato psicológico de la ausencia de relación afectiva entre el testador y el descendiente legitimario, pues no es lo mismo no tener relación que tener una mala relación que afecte o menoscabe la salud mental del ascendiente testador. No obstante, semejante distinción se antoja extremadamente complicada, especialmente tras la Sentencia de 3 de junio de 2014 en la que el Tribunal Supremo no alcanza a definir qué conductas son subsumibles en el concepto de maltrato psicológico, dejando abierta la posible consideración de la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación. Pese a ello, debe ponerse de manifiesto que el verdadero alcance de la Sentencia consiste en considerar el maltrato psicológico como una conducta constitutiva de maltrato de obra³⁶.

A la luz de dicho pronunciamiento del Alto Tribunal, la doctrina partidaria de que la falta de relación familiar opera como causa de desheredación considera que dicha ausencia provoca una situación de maltrato psicológico hacia el testador, generando en él un estado de angustia y menoscabo de su salud mental³⁷. En el fondo quienes abogan por dicha interpretación parten de la premisa de que cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber abandonado asistencialmente el legitimario a su ascendiente *anciano* es lícita la privación de sus derechos hereditarios³⁸.

Dicho planteamiento supone en definitiva la incardinación o subsunción de la ausencia de relación familiar dentro del maltrato psicológico, enumerando como «caracteres que ha de revestir el abandono asistencial para funcionar como causa de desheredación que este sea notorio, prolongado e imputable al descendiente y, como el resto de las causas, que exista con carácter previo al otorgamiento del testamento»³⁹. A tal efecto, se destaca la necesidad de atender a cada caso concreto, valorando las circunstancias concurrentes para apreciar si el abandono emocional proviene unilateralmente del descendiente legitimario o, al contrario, son recíprocas o imputables exclusivamente al ascendiente.

La validez de la cláusula testamentaria de desheredación fundamentada en la ausencia de relación familiar entre el testador y el descendiente desheredado se justifica por la existencia de un maltrato psicológico al testador. Así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) de 10 de marzo de 2015, al declarar que «...en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causa de desheredación del artículo 853 del Código civil, hay que entender los términos maltrato e injuria en sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores».

En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) de 1 de junio de 2015 estimó justa la causa de desheredación *ex* artículo 853.2.º del Código civil por cuanto la ausencia de relación familiar imputable únicamente a la hija desheredada, caracterizada por la indiferencia, la desconsideración, las continuas faltas de respeto de la hija a su madre y el desinterés habían ocasionado una lesión grave en la salud mental de la causante, afectando en su estabilidad emocional y sentimental: luego la ausencia de relación familiar se tradujo en un maltrato psicológico⁴⁰.

El mismo planteamiento se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) de 8 de enero de 2016 al estimar la existencia de justa causa de desheredación so pretexto de la consideración de la falta de relación familiar y de visitas como hechos constitutivos de maltrato psicológico: el fallo de la sentencia se funda principalmente en la conducta de los nietos desheredados de absoluto desinterés y despreocupación por sus abuelos (causantes), especialmente en sus últimos años de vida afectados ambos por una grave enfermedad, situación que les ocasionó un importante menoscabo en su salud mental justificativo de la desheredación⁴¹.

La posible admisión jurisprudencial de la ausencia de relación familiar imputable en exclusiva al descendiente legitimario como causa de desheredación por maltrato de obra parece confirmarse en otras resoluciones posteriores del Alto Tribunal: las Sentencias de 27 de junio de 2018 y 19 de febrero de 2019.

Por un lado, la Sentencia de 27 de junio de 2018⁴² declara que «si atendemos a la falta de relación familiar afectiva, con independencia de que la sentencia considera acreditada la reconciliación, lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos»⁴³. El Tribunal Supremo parece reconocer, en cierta medida, que una ausencia total de trato entre el testador y el hijo o descendiente desheredado, prolongada en el tiempo e imputable únicamente al hijo o descendiente legitimario, sería constitutiva de justa causa de desheredación. No obstante, la Sentencia alude nuevamente al maltrato psicológico, por lo que parece que reitera la necesaria incardinación de la ausencia de relación familiar imputable al legitimario al maltrato psicológico para poder declararla como causa legal de desheredación: en el caso analizado quedaron probados los daños psicológicos generados al testador⁴⁴.

En cambio, la Sentencia de 19 de febrero de 2019⁴⁵ no alude a la necesidad de incardinar la falta de relación familiar como conducta subsumible en el maltrato psicológico, sino que parece admitir automáticamente dicha falta de relación familiar imputable al legitimario como causa de desheredación sin entrar a analizar si dicha situación ocasionó un perjuicio grave en la salud mental del testador. La Sentencia, no obstante, no examina la desheredación de un legitimario en el testamento del causante, sino la posible extinción de una pensión de alimentos por la nula relación familiar entre el alimentante y los alimentistas (sus hijos mayores de edad que llevaban ocho y diez años sin mantener ningún contacto con su padre) *ex* artículo 152.4.º del Código civil.

Pese a ello, al requerir un análisis del concepto de maltrato de obra como causa legal de desheredación de hijos o descendientes resulta determinante, pues afirma sorprendentemente que mientras que el legislador no aborde la reforma legislativa que incluya la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación debe admitirse a través «de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen».

La admisión de la falta de relación familiar como causa de desheredación queda patente en el fallo de la Sentencia, al rechazar la extinción de la pensión de alimentos solicitada (*ex* art. 152.4.º CC) por no haber probado el alimentante que la falta de relación familiar era imputable exclusivamente a sus hijos (los alimentistas). A semejanza de cuanto acontece en el derecho civil catalán, el Tribunal Supremo parece admitir la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación siempre que quede acreditada que «esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo» o descendiente legitimario.

Consecuentemente, de haberse probado que la falta de relación familiar era imputable en exclusiva a los alimentistas (hijos del alimentante) parece que se habría estimado la extinción de dicha pensión so pretexto de la comisión por estos de una conducta subsumible en la causa de desheredación de maltrato de obra⁴⁶.

Aunque el razonamiento en torno a la virtualidad de la ausencia de relación familiar como causa de desheredación tiene un mero valor *obiter dictum*, resulta aun así especialmente importante dado que parece admitir la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar imputable exclusivamente al legitimario como justa causa de desheredación sin necesidad de provocar en el testador una lesión o menoscabo de su salud mental (maltrato psicológico) *ex* artículo 853.2.º del Código civil.

Siguiendo la estela argumentativa trazada por el Tribunal Supremo favorable a la admisión de la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) de 11 de abril de 2019 declaró la nulidad de la cláusula primera del testamento en la que se desheredaba a los hijos del testador, dado que en el caso enjuiciado no quedó acreditada que la falta de relación familiar fuese exclusivamente imputable a los hijos desheredados⁴⁷. La misma opinión aflora posteriormente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) de 14 de octubre de 2020 que declara justa la causa de desheredación por maltrato psicológico, por haber quedado probada que la falta de relación familiar por causa imputable al hijo «emocionalmente afectaba» al causante.

2. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR COMO INJUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN

La falta de relación familiar afectiva puede ser constitutiva de maltrato psicológico, dado que un desentendimiento absoluto por parte de los hijos o descendientes hacia sus ascendientes puede provocar a estos un quebranto psicológico. Por lo que puede afirmarse que será causa legal de desheredación la ausencia de relación familiar en aquellos casos en los que dicha falta de relación afectiva haya provocado un menoscabo o lesión en la salud mental del testador, atendiendo a la interpretación flexible del concepto de maltrato de obra. Ahora bien, dicha interpretación flexible no puede extenderse hasta el punto de admitir la mera ausencia de relación familiar imputable al descendiente legitimario como justa causa de desheredación por maltrato de obra.

El artículo 853.2 del Código civil no contempla la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación, motivo por el cual la doctrina mayoritaria considera que no cabe so pretexto de los pronunciamientos recaídos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015 incluir la desafección familiar como justa causa de desheredación cuando no existe maltrato psicológico⁴⁸.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la ausencia de relación familiar solo debería admitirse como causa legal de desheredación en aquellos casos en los que dicha falta de relación genera un daño en la salud mental del testador, es decir, siempre que puede incardinarse la falta de relación familiar como maltrato psicológico⁴⁹. Luego, *a contrario sensu*, no cabrá reconocer causa legal de desheredación en aquellos casos en los que exista una mera ausencia y falta afectiva de relación familiar, en la que no pueda apreciarse una conducta activa u omisiva (más allá del mero distanciamiento) que pueda justificar un contexto de maltrato psicológico.

La apreciación del maltrato psicológico en los supuestos de abandono o falta de relación familiar como causa legal de desheredación, al igual que las demás causas, debe interpretarse con carácter restrictivo. Luego deberían diferenciarse aquellos supuestos donde hay una escasa o nula relación entre los descendientes y el testador de aquellos escenarios donde la falta de relación afectiva provoca un verdadero padecimiento grave al testador, resultando justa la causa de desheredación por maltrato de obra solo en estos últimos casos. Comparte esta opinión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1.^a) de 14 de julio de 2016 al considerar que la ausencia de relación familiar no determina *per se* un maltrato psicológico en el testador, puesto que para ello se «precisa de una conducta activa del agente dirigida causal y dolosamente a producir un menoscabo en la salud mental de la víctima»⁵⁰.

Este planteamiento es acogido mayoritariamente por la jurisprudencia menor, estimando, una vez valoradas las circunstancias concretas de cada caso, que la ausencia de relación familiar o afectiva no constituye una situación de maltrato, sino que deriva de una expresión de la libre voluntad del legitimario de romper vínculos afectivos con su progenitor. Así se observa, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.^a) de 19 de septiembre de 2014, al concluir que «...la escasa o nula relación y la falta de lazos de efecto que les unía no constituye por sí misma causa de desheredación, máxime ante el carácter restrictivo que se viene concediendo a dicha institución, que no solo proclama el artículo 848 del Código civil, sino también abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legítima, no admitiéndose ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.^a) de 14 de enero de 2015, aun cuando el rechazo de tales argumentos se funda en que la «ruptura de relaciones o distanciamiento se ha producido no por causa de los actores, sino por la actitud de la pareja del causante», considera que «la ruptura del vínculo afectivo o emocional no puede equipararse a un maltrato psicológico»⁵¹.

No cabe duda de que el distanciamiento o la falta de relación familiar con parientes tan próximos como son los hijos o ulteriores descendientes, especialmente cuando no se ha hecho nada por merecer ese trato puede provocar un daño o un dolor agudo en el testador, mas no puede constituirse como causa legal de desheredación, pues se trata de una causa que no encaja dentro del concepto legal de maltrato de obra. En definitiva, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a) de 27 de octubre de 2020 aun cuando queda acreditada una mala relación entre padre e hijo, no se aprecia un «maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración», por lo que no puede estimarse justa la causa de desheredación por maltrato psicológico.

Esta doctrina rechaza la inclusión de la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación si no puede probarse una lesión o afección de la salud mental del causante y, pese a que en el campo de la moral pueda ser una conducta socialmente reprobable. Esta argumentación comparte la postura del legislador catalán que considera la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar imputable exclusivamente al descendiente legitimario como una causa de desheredación autónoma y distinta del maltrato físico o psicológico sufrido por el testador.

A este respecto, resulta especialmente acertado el planteamiento efectuado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.^a) de 5 de

diciembre de 2018 al destacar que el daño que puede sufrir una persona por la falta de relación familiar con sus hijos o descendientes, aun cuando pueda ser socialmente reprochable no puede admitirse como justa causa de desheredación, pues no está contemplada como causa legal.

Así, declara expresamente que «...a pesar de que la jurisprudencia extiende el ámbito de aplicación de la causa segunda del artículo 853 del Código civil a situaciones nuevas, que no son constitutivas de maltrato de obra, y que por eso se llama maltrato psicológico, el Tribunal Supremo y la mayor parte de la jurisprudencia menor no ha incluido dentro del maltrato psicológico lo que puede calificarse como ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último, que por el contrario sí es causa de desheredación en el derecho catalán después de la aprobación del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones por la Ley 10/2008 (...). Ciertamente la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último, puede causar en el primero la desazón y el sufrimiento moral que la parte apelante dice que sufrió la causante con el distanciamiento de sus nietas. Sin embargo, a nadie se le escapa que por mucho dolor que cause en una persona el alejamiento de sus parientes más próximos, sobre todo cuando este no ha hecho nada por merecer ese trato, son causas de desheredación distintas del maltrato de obra, que permanece en el Código civil como causa de privación de la legítima, y la nueva causa de desheredación introducida en el derecho catalán»⁵².

La interpretación flexible que permite incluir el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra no significa dotar a dicha causa de desheredación de un contenido y significado distintos; cosa que parece sí ocurre en caso de admitir la ausencia de relación familiar imputable únicamente al legitimario. La enumeración de las causas de desheredación es taxativa sin posibilidad de interpretación por analogía, ni siquiera de interpretación *de minoris ad maiorem*, por lo que, incluir nuevas conductas dentro de la causa legal de desheredación por haber maltrato de obra al testador, aun cuando sean de mayor gravedad social o moralmente reprochables, infringiría el carácter taxativo de las causas de desheredación (vulnerando el sistema de *numerus clausus* del art. 848 CC)⁵³.

Pese a que el envejecimiento de la población española, junto con otras circunstancias sociales, es un elemento determinante de una realidad «cada vez más preocupante y sociológicamente más detectada: el abandono de las personas mayores sea en sus propios domicilios, en radical soledad, o en centros (mejor o peor dotados) fuera por tanto del ámbito familiar»⁵⁴, no puede admitirse la inclusión de una nueva causa de desheredación por la vía de la interpretación sociológica de las normas (art. 3.1 CC).

Que el Tribunal Supremo tenga conferida la facultad de completar el ordenamiento jurídico de acuerdo con los mecanismos de interpretación contemplados en el artículo 3 del Código civil, no significa que pueda alterar o modificar el contenido o significado de las normas: el Tribunal Supremo no puede convertirse en legislador sobre la base de la interpretación sociológica de las normas adoptando soluciones contrarias a las legalmente previstas.

La inclusión de la ausencia de relación familiar como justa causa de desheredación corresponde únicamente al legislador quien, a través de la reforma del artículo 853.2.º del Código civil, puede incluir nuevas causas de desheredación de hijos o descendientes (como hizo el legislador catalán). Por lo que, la ausencia de relación familiar entre el testador y uno o varios de sus descendientes no puede

admitirse en tanto y cuanto no se recoja como causa legal de desheredación, pese a que puede ser socialmente reprochable, compartiendo que, en términos de justicia material no resulta razonable que un hijo que no mantiene relación con su padre en su vejez (en una situación en muchas ocasiones de especial vulnerabilidad) venga a reclamar en contra de su voluntad sus derechos hereditarios.

Esta conclusión es puesta de manifiesto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.^a) de 9 de diciembre de 2015, al declarar que «...aunque efectivamente de *lege ferenda* pueda defenderse el derecho del testador a la libre disposición de la totalidad de su herencia, o aceptar la desafección sentimental del hijo como motivo de desheredación, lo cierto es que en la actualidad, de *lege data*, ello no es posible, pues deben respetarse necesariamente las legítimas, salvo el caso de que concurra alguna de las causas legal y taxativamente establecidas para la desheredación o incapacidad para suceder por indignidad de los legitimarios, que en este caso no concurren pues la que se consignó en el testamento no ha quedado acreditada».

En definitiva, la mera ausencia de relación afectiva entre el testador y el legitimario, aun cuando sea imputable en exclusiva a este último no puede ser constitutiva de causa legal de desheredación, sino que debe concurrir un *plus*, una conducta activa, por acción u omisión, dirigida dolosamente a menoscabar o lesionar la salud mental del testador sin justificación alguna⁵⁵. Y ello porque como acertadamente señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2015 «no tener relación no equivale a tener mala relación»⁵⁶.

En consecuencia, la posibilidad de admitir la falta afectiva de relación familiar como justa causa de desheredación de hijos o descendientes vendría por la inclusión de dicha conducta en el artículo 853.2.º del Código civil⁵⁷, a semejanza de cuanto aconteció en el Libro IV del Código civil catalán.

No obstante lo anterior, la inclusión de la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación de hijos o descendientes, además de no solucionar muchos de los problemas que derivan de la excesiva rigidez del sistema sucesorio español, incrementaría la litigiosidad (como reconoce expresamente el preámbulo del Libro IV del Código civil catalán)⁵⁸.

Consecuentemente, parece más aconsejable asumir una reforma en profundidad del derecho sucesorio español tendente a debilitar la institución legitimaria, dotando de mayor libertad al testador (*inter vivos* y *mortis causa*), tal y como ha acontecido en la práctica totalidad de territorios forales⁵⁹. Postura que, por lo demás, concuerda con la adoptada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su propuesta de reforma del sistema legitimario del Código civil, en la que, pese a optar por una flexibilización de la institución legitimaria descarta introducir la ausencia de relación familiar como causa legal de desheredación (cfr. art. 467-27⁶⁰).

IV. CONCLUSIONES

I. Como consecuencia de la rigidez del sistema de legítimas y el silencio del legislador en el Derecho común, tanto la doctrina como la jurisprudencia buscan mecanismos de flexibilización de la institución legitimaria *secundum lege*. Entre estos mecanismos cabe destacar la interpretación jurisprudencial flexible del concepto de «maltrato de obra» recogido en el artículo 853.2.º del Código civil como justa causa de desheredación de hijos o descendientes.

II. Tradicionalmente la jurisprudencia efectuaba una interpretación rígida y estricta del citado precepto, identificando el maltrato de obra con conductas de

violencia o agresión física, de tal modo que aquellas conductas no susceptibles de ser calificadas como violencia física, aun pudiendo ocasionar un maltrato psicológico en el testador no cabía calificarlas como maltrato de obra y, en consecuencia, como justa causa de desheredación: estas conductas en palabras del Tribunal Supremo correspondían «al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, solo están sometidas al tribunal de la conciencia» (STS de 28 de junio de 1993).

III. No obstante, ante una realidad social cada vez más imperante caracterizada por el abandono de personas mayores vulnerables por parte de sus hijos y descendientes, se alza una nueva interpretación más flexible del concepto legal de maltrato de obra que incluye no solo las acciones o agresiones físicas, sino también todas aquellas conductas que generan una lesión grave en la salud mental del testador. Se admite, pues el maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra y, en consecuencia, como justa causa de desheredación *ex* artículo 853.2.º del Código civil.

IV. El maltrato psicológico encaja dentro del concepto de maltrato de obra, pues una conducta activa u omisiva del descendiente contra el testador puede ocasionar un sufrimiento igual o mayor al testador que una conducta de violencia física. La inclusión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra no altera su contenido ni su significado. No obstante, debido a que el Tribunal Supremo no llega a definir en qué consiste el maltrato psicológico, se ha generado un escenario de inseguridad jurídica, dejando al arbitrio del juez o tribunal que resuelve sobre la causa de desheredación las conductas subsumibles dentro del concepto de maltrato psicológico.

V. La enumeración de las causas legales de desheredación es taxativa (sistema de *numerus clausus*) sin posibilidad de interpretación por analogía, ni siquiera de interpretación de *minoris ad maiorem*, por lo que no pueden comprenderse en ellas conductas distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, pues de lo contrario «...se podría dar al traste con todo el sistema legitimario» (STS de 30 de septiembre de 1975). Pese a ello y, debido en gran medida a la falta de una definición objetiva del maltrato psicológico una buena parte de la jurisprudencia menor incluye dentro del concepto legal de maltrato psicológico la mera ausencia de relación afectiva entre el testador y el descendiente legitimario en aquellos casos en los que resulta imputable exclusivamente a este último. Esta postura incrementa la inseguridad jurídica, pues dependerá del juzgador *a quo* admitir o rechazar dicha ausencia de relación familiar como un supuesto de maltrato de obra y, en consecuencia, como justa causa de desheredación.

La situación parece haberse agravado tras la Sentencia de 19 de febrero de 2019 que parece incluir dentro del concepto de maltrato de obra la ausencia de relación familiar imputable únicamente al legitimario a través de una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social (art. 3 CC).

VI. La facultad de interpretación de las normas conferida en el artículo 3.1 del Código civil a jueces y tribunales, atendiendo a la realidad social no puede convertirse en una herramienta que habilite al Tribunal Supremo a resolver *contra legem*, modificando o alterando el significado de una concreta norma jurídica. La admisión de la falta de relación familiar imputable al legitimario como causa legal de desheredación corresponde exclusivamente al legislador. Consecuentemente, mientras no se aborde una reforma del Código civil que incluya la ausencia de relación afectiva imputable al descendiente legitimario como causa legal de desheredación no debería admitirse. Sin perjuicio de que, en términos de justicia material, resulte reprochable que un hijo que no mantiene relación con su padre

durante su vejez (en una situación de especial vulnerabilidad) tenga derecho a recibir una importante porción de bienes en su sucesión.

VII. No obstante lo anterior, debería plantearse si la modificación o inclusión de nuevas causas de desheredación constituye una solución acertada tendente a paliar la rigidez del sistema de legítimas o, si por el contrario, una reforma en dicho sentido además de no solucionar el problema de base redundaría en un incremento notable de la litigiosidad (como advierte el propio legislador catalán).

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS

SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 9 de octubre de 1975
- STS de 28 de junio de 1993
- STS de 16 de junio de 1995
- STS de 4 de noviembre de 1997
- STS de 3 de junio de 2014
- STS de 30 de enero de 2015
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 27 de junio de 2018
- STS de 19 de febrero de 2019

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

- STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015
- STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2017
- STSJ de Cataluña de 8 de enero de 2018
- STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2019

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de León de 16 de octubre de 1998
- SAP de Palencia (Sección Única) de 20 de abril de 2001
- SAP de Jaén (Sección 1.^a) de 27 de junio de 2003
- SAP de Murcia (Sección 4.^a) de 8 de octubre de 2003
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 7 de noviembre de 2003
- SAP de Girona (Sección 2.^a) de 18 de octubre de 2004
- SAP de Palencia (Sección 1.^a) de 28 de abril de 2005
- SAP de Guipúzcoa (Sección 3.^a) de 10 de mayo de 2005
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 31 de octubre de 2005
- SAP de Ciudad Real (Sección 2.^a) de 9 de diciembre de 2005
- SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 5 de febrero de 2007
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 23 de marzo de 2007
- SAP de Murcia (Sección 5.^a) de 30 de octubre de 2007
- SAP de Palencia (Sección 1.^a) de 5 de noviembre de 2007
- SAP de Tenerife (Sección 4.^a) de 3 de marzo de 2010
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 21 de mayo de 2010

- SAP de A Coruña (Sección 5.^a) de 23 de noviembre de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 15 de marzo de 2012
- SAP de Valencia (Sección 8.^a) de 21 de marzo de 2013
- SAP de Castellón (Sección 3.^a) de 24 de julio de 2013
- SAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 18 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 13 de febrero de 2014
- SAP de Badajoz (Sección 3.^a) de 11 de septiembre de 2014
- SAP de Castellón (Sección 3.^a) de 14 de enero de 2015
- SAP de Tenerife (Sección 3.^a) de 10 de marzo de 2015
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 21 de abril de 2015
- SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 1 de junio de 2015
- SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 9 de diciembre de 2015
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 8 de enero de 2016
- SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 31 de marzo de 2016
- SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 19 de mayo de 2016
- SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 13 de junio de 2016
- SAP de Albacete (Sección 1.^a) de 14 de julio de 2016
- SAP de Barcelona (Sección 4.^a) de 13 de septiembre de 2016
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 20 de febrero de 2017
- SAP de Jaén (Sección 1.^o) de 5 de abril de 2017
- SAP de Tenerife (Sección 3.^a) de 26 de abril de 2017
- SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 6 de octubre de 2017
- SAP de Córdoba (Sección 1.^a) de 16 de octubre de 2017
- SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 17 de noviembre de 2017
- SAP de Granada (Sección 5.^a) de 1 de diciembre de 2017
- SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 28 de diciembre de 2017
- SAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 12 de junio de 2018
- SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 5 de diciembre de 2018
- SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 18 de enero de 2019
- SAP de Pontevedra (Sección 6.^a) de 6 de febrero de 2019
- SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 8 de febrero de 2019
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 11 de abril de 2019
- SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 22 de abril de 2020
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 14 de octubre de 2020
- SAP de Murcia (Sección 5.^a) de 27 de octubre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, S. (2011). Comentario a los artículos 848 a 857 del Código civil. En A. Legerén-Molina, M. Juan Pérez García, A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras y F.J. Orduña Moreno (dir.). *Código civil Comentado*, vol. II, Pamplona: Thomson-Reuters (997-1032).
- Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2015, 1-26.
- ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E. (2015). Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 1-32.
- BALLESTER AZPITARTE, L. (2015). La falta de cariño, ¿es causa de desheredación? *Diario la Ley*, núm. 8534.

- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves o de palabra. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, 473-520.
- (2016). Abandono de personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 289-302.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). El maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 928-952.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2014). Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña. En L. Díez-Picazo (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M.^a Miquel*, vol. I, Pamplona: Aranzadi (653-675).
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2015). Abandono afectivo de los ascendientes: luces y sombras de esta nueva causa de desheredación. *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 1, 123-138.
- (2018). *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC): análisis crítico y propuesta de reforma*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CARRASCO PERERA, A. (2014). ¿Te «ningunean» tus hijos? ¡Desherédalos! *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896, 3.
- CARRAU CARBONELL, J.M. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, 249-256.
- (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 555-564.
- DE ALMANSA MORENO-BARREDA, L.J. (2012). ¿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, 27-37.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016). Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 1-57.
- (2018). Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores. En A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coord.). *La libertad de testar y sus límites*, Barcelona: Marcial Pons (113-146).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2006). Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. En *Derecho de sucesiones: presente y futuro. XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia (13-172).
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares. *Revista de Derecho Privado*, núm. 99, 35-68.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2017). Desheredación de hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional y de la ausencia de relación familiar. *Revista de Derecho Privado*, núm. 101, 43-76.
- (2018). *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código civil*. Madrid: Reus.
- (2019). La ausencia de relación familiar como causa autónoma de desheredación de hijos y descendientes. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 22, 1-27.
- ESTÉVEZ ABELEIRA, T. (2018). Interpretación del maltrato de obra del artículo 853.2 del Código civil: líneas jurisprudenciales. En M.T. Duplá Marín y P.

- Panero Oria (coord.). *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Barcelona: Marcial Pons y Colegi Notarial de Catalunya (263-278).
- FARNÓS AMORÓS, E. (2014). Desheredación por ausencia de relación familiar ¿hacia la debilitación de la legítima? En A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio (dir.). *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley (451-478).
- GAGO SIMARRO, C. (2019). *Las donaciones en la sucesión hereditaria (cómputo, imputación y colación)*. Oviedo: tesis doctoral.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2018). Capítulo VII. Título VI. De las sucesiones. Libro Cuarto. De los modos de adquirir la propiedad. En Asociación de Profesores de Derecho Civil (coord.). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos (597-607).
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, t. II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L. (2016). El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1609-1629.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2015). Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1.ª) 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, 277-288.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2603-2624.
- IRIARTE ÁNGEL, F.B. (2018). Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social? *Actualidad Civil*, núm. 11, 1-14.
- LAMARCA I MARQUÈS, A. (2009). Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya. En *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008*. Gerona: Documenta Universitaria (263-306).
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencia de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea. En C. Lasarte Álvarez, M.F. Moretón Sanz y P. López Peláez (coord.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos (363-383).
- MALDONADO RUBIO, S. (2017). 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, 611-666.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1914). Comentario a los artículos 744 a 911 del Código civil. En *Comentarios al Código civil español*, t. VI (ed. 4.º), Madrid: Editorial Revista de Legislación.
- MARTÍN FUSTER, J.M. (2019). La desheredación en la jurisprudencia y su influencia en la concepción de la legítima. En F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada, F. J. Aranguren Urriza (dir.). *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, Pamplona: Thomson-Reuters (663-689).
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2014). El maltrato psicológico como causa de desheredación: el menosprecio y abandono familiar. *Actualidad Civil*, núm. 11, 1-11.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, núm. 8593, 1-5.

- PANERO GUTIÉRREZ, R. y DUPLÁ MARÍN, M.T. (2015). Algunas reflexiones en torno al origen de la legítima y las causas de desheredación, a la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 258/2014, de 3 de junio). En M. Fuenteseca Degeneffe y M. Barcia Lago (coord.). *Varia studia: libro homenaje al Profesor Doctor Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario*. Pontevedra: Patronato del Instituto de Estudios Ibéricos (771-780).
- PARRA LUCÁN, M.A. (2019). La actualización del Derecho de Sucesiones en la Jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 22, 1-17.
- PÉREZ CONESA, C. (2015). 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, 117-121.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilización de la legítima. En A. Domínguez Luélmo y M. P. García Rubio (dir.). *Estudios de derecho de sucesiones: «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley (1131-1154).
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2013). Comentario a los artículos 848 a 857 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, t. V. Valencia: Tirant lo Blanch (6268-6313).
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2009). Problemas prácticos de la desheredación de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono de los mayores. En M.J. Pérez García. *La protección de las personas mayores apoyo familiar y prestaciones sociales*. Madrid: IDAFE (381-462).
- (2010). Dependencia y cuidado de los mayores en el entorno familiar: incumplimiento de los deberes filiales y asesoramiento legal para una desheredación eficaz. En A. L. Rebollo Varela (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson (1-15).
- REPRESA POLO, M.P. (2015). *La desheredación en el Código civil*, Madrid: Reus.
- ROFES SECORUN, J.R. (2011). Las causas de desheredación en el Código civil de Cataluña. *Lo Canyeret*, núm. 70, 17-29.
- ROMERO COLOMA, A.M. (2005). *La desheredación: de hijos y descendientes, padres y ascendientes, y del cónyuge: estilo doctrinal y jurisprudencial de sus causas*. Barcelona: Bosch.
- (2007). Desheredación de hijos y otros descendientes por maltrato de obra: problemática jurídica. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 63, 267-282.
- (2013). El maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación. *Diario La Ley*, núm. 8038, 1-12.
- (2014). El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 205-217.
- SALAS CARCELLER, A. (2014). Sobre la desheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 143-149.
- VAQUER ALOY, A. (2012). La legítima en Derecho Civil de Cataluña. En T. F. Torres García (coord.). *Tratado de Legítimas*. Barcelona: Atelier (471-515).
- (2017). Acerca del fundamento de la legítima. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 1-28.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1968). El apartamiento y la desheredación. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, núm. 1, 3-108.

NOTAS

¹ Téngase en cuenta que este reclamo ya se vislumbra en el trabajo realizado por DELGADO ECHEVARRÍA hace quince años (en el año 2006) sobre si debían reducirse o suprimirse las legítimas, realizando una encuesta entre los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, poniendo de manifiesto en sus conclusiones que la inmensa mayoría de los encuestados propugnan una reforma en profundidad del sistema legitimario del Código civil (DELGADO ECHEVARRÍA, 2006, 85 y sigs.).

² CARRASCO PERERA explica cómo «la legítima sucesoria tuvo sentido acaso en sociedades patrimoniales cerradas en las que la riqueza de las generaciones se sustenta en la continuada posesión de bienes tangibles, preferentemente raíces. Tuvo sentido cuando la expectativa de vida era baja o muy baja, abandonando a su suerte a una prole menor de edad, pero no la tiene hoy cuando en los casos ordinarios la expectativa de vida es tal que los hijos del causante ya están dentro o por llegar a la tercera edad cuando sus padres fallecen, y han tenido tiempo y ocasión para construir sus vidas al margen de las expectativas sucesorias. En mi opinión, solo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que en el momento del fallecimiento del causante se encontraran en la situación actual (no posible) de titular un crédito de alimentos contra el causante. La legítima no tiene sentido en una sociedad en la que los padres con recursos invierten masivamente en vida en la formación de sus hijos y financian con denuedo sus años de aprendizaje con cantidades que absurdamente la ley considera no colacionables, con la consecuente lesión de los hermanos que “quedaron en casa” o a los que se donó bienes tangibles» (CARRASCO PERERA, 2014, 3).

Por su parte, ECHEVARRÍA DE RADA expone los motivos que justifican esta reforma en profundidad: «los nuevos modelos familiares, el incremento de la esperanzada de vida y, en consecuencia, la presencia en nuestra sociedad de personas mayores en muchos casos vulnerables, así como la movilidad de los individuos por motivos laborales y la propugnación de la autonomía de la voluntad como principio jurídico preponderante» (ECHEVARRÍA DE RADA, 2018, 7).

³ Asimismo destaca la admisión jurisprudencial de la *cautela socini* que como señala la STS de 10 de junio de 2013 «conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (art. 813 CC), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta. Obsérvese, que en el ámbito partitional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (arts. 1056 y 1075 CC)».

⁴ A tal efecto, CABEZUELO ARENAS afirma que la desheredación por maltrato psicológico es una concesión a los partidarios de la libertad de testar (CABEZUELO ARENAS, 2018, 13-21).

⁵ Junto a las causas particulares, se consideran también causas de desheredación de hijos o descendientes ciertas causas de indignidad, por la remisión del artículo 853 del Código civil al artículo 756 del Código civil. Estas causas son: haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si

el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes; o haber sido condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada (art. 756.2.º CC); haber acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa (art. 756.3.º CC); así como haber obligado al testador a hacer testamento o a cambiarlo con amenaza, fraude o violencia (art. 756.5.º CC); o a través de los medios referidos haber impedido al testador otorgar nuevo testamento o revocar el anterior o, en su caso, haber suplantado, ocultado o alterado otro testamento posterior (art. 756.6.º CC).

⁶ Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 503.

⁷ En este mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH destaca que «estamos ante una expresión amplia que no ha de integrarse con los conceptos de malos tratos o de injuria penalmente relevantes y, por esta misma razón no es necesaria una previa condena penal del desheredado fundada en tales hechos. No hay que olvidar que está fuera del campo penal, correspondiendo al Juez o Tribunal civil apreciar si existe o no la causa de desheredación» (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 487-488).

Si bien, la existencia de sentencias penales firmes declarando acreditados los malos tratos físicos como pone de manifiesto la SAP de Girona (Sección 2.ª) 18 de octubre de 2004 «facilita de manera muy considerable la prueba de la causa de desheredación cuando es impugnada, pero tampoco pueden erigirse en la única prueba, siendo admisible cualquier otra que conduzca a la convicción del Tribunal acerca de la efectiva concurrencia de los hechos en que se ha cimentado la desheredación».

⁸ Cfr. ALGABA ROS, 2011, 1018.

RAGEL SÁNCHEZ amplía este concepto, al declarar que «los malos tratos de obra se refieren a cualquier actuación del descendiente que haya producido *vejación* al ascendiente que deshereda. El vejamen comprende el maltrato físico, la molestia, la persecución, el perjuicio y hacer padecer a la persona vejada. Los malos tratos son los daños causados por las acciones, como sucede con las agresiones físicas, los delitos contra la libertad sexual, las amenazas de un mal injusto, la violencia contra las cosas, las demandas judiciales sin fundamento...» (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6287).

⁹ Esta afirmación ha sido muy criticada por la doctrina, ya que como declaraba BARCELÓ DOMÉNECH «se descarta, de entrada y sin análisis alguno, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el padre o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como malos tratos psíquicos (...) no estamos diciendo que siempre que exista una falta de comunicación o relación afectiva, tienen los padres abierto el camino a la desheredación; tan solo se trata de dejar constancia 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» (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 509).

En opinión de LASARTE ÁLVAREZ es un desacierto o un error resolver dicha cuestión sobre el incumplimiento de los deberes filiales «desplazándolos al ámbito de la moral y al tribunal de la conciencia, mientras se analiza desde el prisma jurídico la declaración de la hija en el procedimiento de divorcio» (LASARTE ÁLVAREZ, 2007, 367).

¹⁰ Esta tendencia se observa también en la jurisprudencia menor, a cuyo tenor «ni la ausencia de relación entre el padre y las hijas, ni el que la misma no fuera cordial e incluso hostil y no normalizada, hasta el extremo de que no existiese afecto entre ambos, ni ninguna otra que no sea maltrato de obra o la injuria grave de palabra pueden subsumirse en el mentado precepto 853.2.ª CC» (SAP Asturias, Sección 7.ª, 7 de noviembre de 2003); «no puede entenderse el desafecto o la ausencia de relación paterno-filial como causa de desheredación» (SAP Jaén, Sección 1.ª, 27 de junio de 2003); «se debe diferenciar la injuria grave y el maltrato de obra de la falta descuidados, pues esta última circunstancia no puede considerarse como motivo de desheredación» (SAP Murcia, Sección 4.ª, 8 de octubre de 2003). *Vid.* SSAP Palencia (Sección 1.ª) de 28 de abril de 2005; Sevilla (Sección 6.ª) 31 de octubre de 2005; Ciudad Real (Sección 2.ª) 9 de diciembre de 2005; Valencia (Sección 11.ª) 5 de febrero de 2007; Murcia (Sección 5.ª) 30 de octubre de 2007; Palencia (Sección 1.ª) 5 de noviembre de 2007; Málaga (Sección 5.ª) 21 de mayo de 2010 y; Valencia (Sección 8.ª) 21 de marzo de 2013.

¹¹ Con anterioridad a la STS de 3 de junio de 2014 eran varios los autores que abogaban por la inclusión del maltrato psicológico como justa causa de desheredación *ex* artículo 853.2.º del Código civil. Así, BARCELÓ DOMÉNECH declara que «por maltrato de obra debe considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico». Lo cual entiende responde al fundamento de la desheredación, cual es «moderar los efectos del sistema de legítimas, dando al testador medios de castigar la infracción de aquellos deberes más trascendentales y precisos para la existencia de la misma, entre los que está el de guardar respeto los hijos a los padres (art. 155 CC)» (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 511-512).

De la misma opinión es ALGABA ROS, para quien «no existe ningún inconveniente para entender que dentro del maltrato de obra se encuentran tanto los actos de violencia física como los de violencia psíquica» (ALGABA ROS, 2011, 1019).

En parecidos términos, ROMERO COLOMA considera asimismo que «los malos tratos psíquicos pueden ser tan graves, o quizás más que los físicos, porque los psíquicos pueden causar un perjuicio grave o muy grave y, este factor conectado a la realidad actual, debería ser valorado por el legislador (...) No se trata en consecuencia de sancionar solamente los ataques contra la integridad física sino que, desde el punto de vista tanto ético como jurídico los ataques contra la integridad psíquica han de ser relevantes (...) En definitiva, de lo que se trata con la figura jurídica de la desheredación de hijos y descendientes es de sancionar a nivel legal (no solo ético y moral) determinadas conductas que atentan contra la integridad física, sino también contra la indemnidad psíquica de progenitores y otros ascendientes» (ROMERO COLOMA, 2014, 213).

¹² Sobre la sentencia analizada, cabe destacar la crítica de RAGEL SÁNCHEZ, quien considera que quien ejerció el maltrato sobre la testadora fue su nuera, tratándose de una conducta personal que no era extensible al hijo de la causante, puesto que «ninguna norma obliga a un hijo mayor de edad y casado a convivir con su ascendiente, por lo que en el caso no hubo conducta omisiva del hijo y marido, ni tampoco existieron malos tratos hacia su madre» (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6287).

¹³ En parecidos términos, la SAP de Guipúzcoa (Sección 3.ª) de 10 de mayo de 2005 resuelve un caso en que el desheredado interesó la división judicial de la herencia de la causante por no alcanzar acuerdo con su padre, resolviendo la Audiencia que no se puede hacer equivaler una situación procesal a un maltrato psíquico: «no se discute que el citado procedimiento hubiera originado en el testador contrariedad, sorpresa, tensión y gastos, pero ello no implica hacer equivaler la situación procesal a una injuria grave o un maltrato psíquico en su persona». Por su parte, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) 3 de marzo de 2010, concluye que «el mero hecho de promover dicho procedimiento en orden a la partición y adjudicación ordenada de la herencia de la madre de los demandantes, a falta de acuerdo entre ellos y su padre, no constituye una afrenta o conducta injuriosa»; así como la SAP de A Coruña (Sección 5.ª) 23 de noviembre de 2010, según la cual, la solicitud de división judicial de la herencia de su padre no permite apreciar «ese estado de acoso o maltrato psicológico constante a que supuestamente se vio sometida».

¹⁴ Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

¹⁵ Para GONZÁLEZ CARRASCO este es el verdadero alcance de la sentencia y no supone una novedad jurisprudencial «puesto que el *favor testamenti* no significa otra cosa que reconocer que la voluntad del testador es la ley de la sucesión incluso en la graduación de la gravedad de la conducta que da lugar a la desheredación» (GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, 284).

¹⁶ Sorprende, como así advierten ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS que «el Tribunal Supremo pone más acento en la soledad del padre en sus últimos siete años de vida que en los insultos proferidos por ambos hijos con anterioridad o en la agresión física sufrida a manos de uno de ellos mientras convivían» (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 10).

¹⁷ Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

¹⁸ La SAP de Castellón (Sección 3.ª) de 24 de julio de 2013, objeto de recurso, había estimado el recurso de apelación al entender que no concurría causa de desheredación por ausencia de maltrato de obra, a pesar de que constaba probado el dolo por parte del hijo

desheredado en la transmisión a título lucrativo de la práctica totalidad del patrimonio de la testadora a su favor y a favor de sus hijos. En palabras de la Sentencia «por muy reprochable y grave que resulte dicho comportamiento, con el añadido además de la prolongada litigiosidad instaurada en el seno familiar por tal motivo, y consiguiente afectación profunda de la testadora que cabe inferir, no consideramos que estemos ante el maltrato de obra que se prevé como causa de desheredación en nuestro Código civil, dado que, partiendo del criterio restrictivo que debe manejarse, no puede más que reservarse dicha calificación para actuaciones materiales por acción u omisión que inciden directa e inmediatamente sobre la persona ajena provocándole de manera objetiva un menoscabo, esto es, un descrédito en su honra, de igual forma que es inherente a las injurias graves de palabra que se comprenden conjuntamente con el maltrato de obra en el artículo 853.2.º del Código civil que nos ocupa, lo que no se da en el supuesto examinado».

¹⁹ Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

²⁰ A tal efecto, el Tribunal Supremo declara que resulta innecesario que «se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando 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. Además, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC».

²¹ Cfr. GAGO SIMARRO, 2019, 188-192.

²² MARTÍN FUSTER señala que «las Sentencias de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, y su reflejo en las sentencias de las Audiencias Provinciales merecen una valoración positiva, y ello por dos razones: está en línea con la evolución de la sociedad que reclama cada vez más la prevalencia de la libertad de testar; y está en línea con la evolución legislativa imperante en nuestro entorno» (MARTÍN FUSTER, 2019, 685).

Comparte esta opinión, CABEZUELO ARENAS, 2015, 124.

²³ En este sentido, CARRASCO PERERA expone que la sentencia no es clara «por la imprecisa frontera de un concepto inaprensible como el de *maltrato psicológico*, que servirá en el futuro de alimento de litigios antes evitados» (CARRASCO PERERA, 2014, 3).

²⁴ Por este motivo, la doctrina intenta delimitar qué conductas son constitutivas de causar un maltrato psicológico *ex* artículo 853.2.º del Código civil. Para MALDONADO RUBIO, tales casos serían el «trato vejatorio, abuso emocional que causa dolor, angustia o aflicción física o espiritual, humillación y, en general, cualquier padecimiento o tensión injusta a la que se somete a una persona, que los siente y sufre de forma individual y a su modo» (MALDONADO RUBIO, 2017, 659).

Según GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, el maltrato psicológico es aquel «comportamiento repetido de carácter físico, verbal, activo o pasivo que agrede a la estabilidad emocional de la persona, de forma continua y sistemática, siendo el objetivo de tal comportamiento hacer sufrir a la víctima mediante la intimidación, culpabilización o desvalorización, aprovechando el amor o cariño que esta siente hacia su agresor» (GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, 2016, 1615).

²⁵ En este mismo sentido, REPRESA POLO considera que «el maltrato de obra debe ser objetivo, es decir, debe provocar unos daños físicos o morales no es suficiente la apreciación del causante; la valoración que el causante pudiera hacer de la actitud de sus hijos no es suficiente para justificar una desheredación, sino que esta ha de sustentarse en razones objetivas y debidamente acreditadas (SAP de Asturias de 23 de mayo de 2011)» (REPRESA POLO, 2015, 132-133).

En un sentido similar, CABEZUELO ARENAS declara que «el maltrato debe apreciarse neutralmente y no constituir una mera apreciación subjetiva y carente de toda base, que serviría al testador para privar arbitrariamente a un único descendiente nada menos que de las dos terceras partes de su herencia» (CABEZUELO ARENAS, 2018, 104).

²⁶ La SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 5 de abril de 2017 sostiene en parecidos términos que «en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causas de desheredación en el apartado 2.º del artículo 853 del Código civil, que es la expresada en el testamento, hay que entender los términos «maltrato» e «injuria», en un sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo

daño o sufrimiento psicológico inflingido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, y se ha de hacer constar en el testamento y sobremanera ha de ser cierta, lo que presupone que ha de quedar demostrada su realidad y existencia, es decir, que la causa no puede ser pura invención del testador, ni fundarse en datos dudosos».

²⁷ Cfr. PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1144.

²⁸ VAQUER ALOY entiende que esta nueva causa de desheredación que «va a permitir una mejor valoración, en los términos más estrictos, de la causa tercera de desheredación —maltrato grave del testador, a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja o a los ascendientes o descendientes del testador—, que a veces debía ser amoldada a supuestos de pérdida de los lazos familiares». En opinión de este autor, la inclusión de esta nueva causa «reconoce una mayor libertad de testar del causante para que, privando de la legítima a quien no ha mantenido el trato familiar, pueda favorecer a aquel de sus descendientes o cónyuge o conviviente que mejor le haya atendido. De otro modo, la solidaridad intergeneracional solo funcionaría unidireccionalmente del causante al legitimario» (VAQUER ALOY, 2012, 499-501).

En cambio, LAMARCA I MARQUÈS manifiesta sus dudas al creer que esta nueva causa va a incrementar la litigiosidad y las distinciones entre los descendientes en función de sus circunstancias personales LAMARCA I MARQUÈS (LAMARCA I MARQUÈS, 2009, 293-294).

²⁹ La ausencia de relación debe ser manifiesta y continuada, lo que determina que «acciones aisladas como puede ser felicitar al progenitor en el día de su onomástica o en el día de su santo, no puede considerarse como trato familiar, es un simple acto de cortesía desvinculado de lo que debe entenderse por trato familiar, es decir, aquel trato o relación de continuo contacto entre progenitores y descendientes para conocer cualquier mínimo lance que pueda producir sosiego, alegría o preocupación a cualquiera de ellos, según acontezca» (ROFES SECORUN, 2011, 25).

³⁰ El primitivo proyecto de Ley del Libro IV CCCat ampliaba considerablemente el alcance de esta nueva causa de desheredación, puesto que tan solo exigía que la *ruptura manifiesta y continuada en el tiempo de la relación familiar* no fuera por causa exclusivamente imputable al causante». En el texto definitivo se cambió el criterio exigiendo que la ausencia de relación sea imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho.

³¹ Otra propuesta plantea DE BARRÓN ARNICHES, al declarar que «el legislador hubiera hecho bien introduciendo la presunción de validez de la causa salvo prueba en contrario, es decir, trasladando al legitimario la carga de la prueba de que existió relación familiar con el causante, o de que él no tuvo la culpa de la ruptura» (DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 145).

Por su parte, VAQUER ALOY considera que «habría de intentar objetivar las conductas que suponen *ausencia de relación familiar* entendida como *ausencia de solidaridad familiar*», en consecuencia, suprimir el requisito expuesto (VAQUER ALOY, 2017, 21).

³² LAMARCA I MARQUÈS advierte sus dudas sobre la admisión de esta nueva causa de desheredación, especialmente sobre la base del incremento de la litigiosidad y de las distinciones entre los descendientes en función de sus circunstancias personales (LAMARCA I MARQUÈS, 2009, 293-294).

El transcurso del tiempo parece dar la razón a este autor, puesto que un análisis de las más recientes sentencias en aplicación de esta *nueva* causa de desheredación muestra la dificultad probatoria que recae en los herederos del causante sobre la imputabilidad exclusiva al legitimario desheredado de la ausencia de relación familiar. Así, la SAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 18 de diciembre de 2013 destaca el «amplio esfuerzo probatorio de la parte recurrente y su reiterada exposición relativa a la falta de contacto del actor con su abuelo, así como respecto de los desvelos y atenciones prestadas por el recurrente, pero lo cierto es que no logra desvirtuar la apreciación efectuada por la sentencia recurrida en orden a que no aparece acreditada que la causa de la falta de relaciones familiares entre el causante y su legitimario haya sido imputable exclusivamente al último, pues como pone de manifiesto la sentencia recurrida y aquí ratificamos, existen claros indicios de rechazo del legitimario por el causante, no solo por los epítetos que le dirige sino por las claras manifestaciones de sospecha de ser hijo de su padre, es decir nieto del causante».

Asimismo, tampoco admiten la desheredación por falta de prueba las SSAP de Barcelona (Sección 14.^a) 13 de febrero de 2014; de Barcelona (Sección 16.^a) 31 de marzo de 2016; de Barcelona (Sección 4.^a) 13 de septiembre de 2016; y de Barcelona (Sección 17.^a) 12 de junio de 2018. Esta última afirma que de la prueba practicada se evidencia «la existencia de diferencias que hundan sus raíces muy probablemente en la separación del padre y su nuevo matrimonio, y, desde luego, no permiten concluir que la ausencia de relación familiar sea imputable en exclusiva a la hija sino que, es atribuible a ambos, no constando acreditada la existencia de ningún acercamiento mutuo desde ese momento por lo que no apreciamos la concurrencia de la causa de desheredación invocada por el causante en su testamento, que debe declararse ineficaz con reconocimiento del derecho a la legítima de la hija desheredada en la herencia de su padre».

En cambio, la SAP de Barcelona (Sección 19.^a) 19 de mayo de 2016 estima la desheredación por ausencia continuada y manifiesta de relación familiar, ya que «fue única y exclusivamente imputable al actor, que negó a su padre la posibilidad de que tuviera una relación sentimental después de enviudar por temor a que hiciera partícipe de la herencia a su nueva pareja. La falta de relación familiar se extendió no solo al actor sino también a la relación que el difunto tenía con su nuera y su nieto, siendo esto última causa también de notable sufrimiento psicológico para el testador». En este mismo parecer, cfr. SSAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 17 de noviembre de 2017; y de Barcelona (Sección 19.^a) de 18 de enero de 2019.

³³ Además de la reforma de las causas de desheredación de hijos y descendientes, modificando la causa de maltrato de obra e incluyendo la ausencia de relación familiar manifiesta y continuada imputable al descendiente legitimario, el Libro IV del Código civil de Cataluña introduce otras importantes reformas en cumplimiento de esa tendencia a flexibilizar la legítima: tal es el caso del límite impuesto a las donaciones computables para el cálculo de las legítimas a las hechas en los diez años precedentes a la muerte del causante, salvo que sean imputables a la legítima (art. 451-5 CCCat); asimismo, se generaliza la fórmula de la cautela compensatoria de legítima, o *cautela socini*, como regla por defecto en toda sucesión (art. 451-9 CCCat) y se regula la legítima como *pars valoris* (art. 451-11 CCCat).

³⁴ Véase, asimismo, como ejemplo la STSJ Cataluña 28 de mayo de 2015 que estima la desheredación por maltrato psicológico al haber quedado probado que el hijo desheredado había despojado a su madre (testadora) de manera fraudulenta de su patrimonio inmobiliario, provocándole así un notable ahogo económico en los últimos años de vida.

³⁵ En este mismo sentido, se pronuncia PÉREZ ESCOLAR, para quien «maltratar es tratar mal, incurrir en conductas que causen sufrimiento por afectar a la dignidad del testador, pero no comprende los casos de ausencia de relación familiar» (PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1144).

³⁶ Ello se advierte por CARRAU CARBONELL, al sostener que «podría entenderse que el Tribunal Supremo ha incluido como maltrato de obra, el maltrato psicológico por menosprecio y abandono familiar; pero no la simple ruptura de vínculos y abandono emocional. Esta diferenciación se antoja harto complicada. Podría entenderse que, si los hijos o descendientes simplemente no llaman a su padre con frecuencia o no le visitan habitualmente, ello no es una justa causa de desheredación y; solo lo será cuando efectivamente la conducta del hijo o descendiente haya provocado verdadero padecimiento en el testador» (CARRAU CARBONELL, 2015, 252).

Parece compartir esta opinión CARRASCO PERERA, al estimar que «la sentencia parece distinguir entre el maltrato psicológico y el abandono emocional como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo. ¿Quiere decir que este *divorcio emocional libremente consentido* entre padres e hijos no libera a aquellos del deber de atribuirles la legítima sucesoria correspondiente?» (CARRASCO PERERA, 2014, 1).

³⁷ BERROCAL LANZAROT defiende que «el abandono, el desafecto, la desatención o, en fin, la falta de relaciones afectivas son causas de desheredación subsumibles en el artículo 853.2.º del Código civil como un claro maltrato de obra psicológico, en tanto que constituyen causa directa de la angustia y sufrimiento para el padre o ascendiente» (BERROCAL LANZAROT, 2015, 942).

³⁸ Sobre este particular, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ concluye que «en la medida que la ausencia de relación familiar es contraria a la solidaridad intergeneracional —fundamento de la legítima—, tiene entidad suficiente para ser contemplada como causa autónoma de desheredación e independiente del maltrato psicológico a modo de la regulación catalana. Mientras tanto, al menos, el daño sufrido por los padres como consecuencia de ese comportamiento debería tener la suficiente entidad para ser considerado» (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 2019, 2614).

Comparte esta opinión REBOLLEDO VARELA, quien entiende que «la falta de atención y asistencia afectiva unilateral por parte del descendiente legitimario es un motivo justificado de desheredación, enmarcarlo dentro del maltrato afectivo, no físico ni psíquico, emocional, por lo tanto, puede ser castigado con una sanción importante como la desheredación del hijo o descendiente» (REBOLLEDO VARELA, 2009, 14 y; 2010 414).

³⁹ Cfr. CABEZUELO ARENAS, 2015, 128-138.

⁴⁰ La Audiencia Provincial estimó que «la actora, en su libertad de escoger en su relación materno-filial, se inclinó por el absoluto menosprecio, desinterés, displicencia, desconsideración, indiferencia y falta de respeto hacia su madre, con la consiguiente afectación que esta sufrió, al sentirse abandonada por su hija, en su estabilidad emocional y sentimental, lo que, al parecer, a aquella le importaba poco, y la madre, en su libertad de testar, consciente y voluntariamente, lo hizo en justa y recíproca correspondencia, desheredándola, privándole de unos derechos sucesorios de los que aquella no era acreedora por concurrir justa causa de desheredación, la del maltrato psíquico o psicológico, que se ha venido a corroborar en su egoísmo y materialidad, con el interés, aprecio y querencia que la actora ha mostrado hacia la herencia de su madre fallecida esta».

⁴¹ La Audiencia consideró acreditado «el maltrato psicológico que los abuelos padecieron por el comportamiento de sus nietos, los demandantes, expresado en el distanciamiento de estos para con sus abuelos, en el desinterés que mostraron durante las enfermedades que posteriormente les llevaron a la muerte, no habiéndose ocupado, ni siquiera preocupado de su estado de salud, no habiéndose molestado en ir a visitarlos cuando no consta tuviera impedimento físico, económico, geográfico o de locomoción alguno para ello (...) los causantes se sentían maltratados, ignorados y olvidados, dándose además la circunstancia de que los demandantes de esta litis *llevaron* a su abuelo a juicio cuando este contaba con la edad de 91 años, y que ni siquiera comparecieron en el velatorio y posterior entierro de los mismos».

Asimismo, la SAP de Asturias (Sección 7.ª) 29 de septiembre de 2016 comparte la decisión de instancia que había calificado justa la causa de desheredación por maltrato psicológico, pues había quedado probado que la actuación de las hijas desheredadas había ocasionado un menoscabo en la salud mental de la testadora, tal y como quedó plasmado en la nota que dejó cuando se suicidó en octubre de 2014 «por favor que mis hijas no hereden. Me han hecho mucho daño. No he podido soportarlo y he llegado al fin». De conformidad con ello, la Sentencia concluye que «debe entenderse acreditada la existencia de abandono, desafecto y desatención por parte de la desheredada hacia su madre, manteniéndose la ausencia de relación hasta su fallecimiento pues, además de representar un valor supremo la dignidad de la persona en el ámbito del Derecho de familia y el Derecho de sucesiones; debe primar la voluntad de la testadora una vez acreditado el dato objetivo del maltrato en sus manifestaciones de desafección, menosprecio o desatención —y no de casos aislados como señala el recurso— y la ausencia de relaciones familiares y que plasmó en dos testamentos, en la escritura de delación de su tutela y en numerosas cartas manuscritas».

⁴² Ponente Excm. Sra. M.ª Ángeles PARRA LUCÁN.

⁴³ A este respecto, señala PARRA LUCÁN que «la relación existente entre padre e hija podría calificarse de amor-odio. Cuando la hija tenía siete años los padres se divorciaron y apenas dos años más tarde el juez suspendió las visitas con el padre, en interés de la menor, por las tensas relaciones que se vivían con la nueva pareja del padre. Con posterioridad hay una denuncia —que acabó sobreesida— que pone la pareja del padre contra la chica, ya adolescente, por un empujón al padre cuando se encuentran en una feria, y un duro mensaje de la hija en las redes sociales contra el padre, pero también hay intercambio de mensajes con el móvil adjuntado fotos y palabras cariñosas. En el caso, por lo demás, los actos aislados de la hija no pueden considerarse como reveladores de un maltrato psico-

lógico contra el padre, con independencia de que le pudieran hacer sufrir. Ciertamente al llegar a la mayoría los hijos pueden elegir tener una relación mayor con el padre, pero sin duda han sido ellos en situaciones como las descritas las víctimas del conflicto familiar» (PARRA LUCÁN, 2019, 6-7).

⁴⁴ Para un comentario de la referida sentencia, cfr. IRIARTE ANGEL, 2018, 1-14.

⁴⁵ Ponente Excm. Sra. M.^a Ángeles PARRA LUCÁN.

⁴⁶ Un supuesto similar se resuelve por la SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 15 de marzo de 2012, si bien, conforme al Derecho catalán. Esta precisión resulta especialmente importante porque el artículo 237-13 Libro II del CCCat que entró en vigor en enero de 2011 recoge como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos el hecho de que el alimentista, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredamiento que establece el artículo 451-17 Libro IV CCCat. En la normativa vigente la remisión a las causas de desheredamiento es total y por tanto constituirá causa de extinción de la pensión de alimentos la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar por causa imputable al legitimario. La Audiencia Provincial entiende aplicable la normativa actual aun cuando no estaba vigente en el momento de presentar la demanda y concluye que «estamos ante un caso claro de ausencia total de relación familiar continuada y reiterada que es imputable al hijo una vez ha alcanzado este la mayoría de edad, lo que constituye en este momento una causa de extinción de la pensión alimenticia».

⁴⁷ La Sentencia analizada señala que respecto a su hijo «no se ha acreditado que aquel —el testador— intentase reanudar la relación afectiva, ya que ninguno de los testigos hacen referencia a ello (...) Respecto a que el motivo de la desheredación fue el que aquel —su hijo— invirtiese sus apellidos, debe tenerse en cuenta que dicha inversión se produce en el año 1994 y que el causante se enteró del cambio de apellidos por su abogada debe referirse al momento de la separación judicial del año 2004, sin que se produjese la desheredación hasta doce años después». En cuanto a su hija, también desheredada existen versiones contradictorias, así en su interrogatorio señaló que no tenía contacto con su padre desde el año 2003 cuando la Policía se lo llevó detenido, que solo pasó por la farmacia en la que trabajaba en una ocasión y que le dio su número de teléfono y que nunca la llamó, por el contrario una testigo hace referencia a que el causante la llamaba por teléfono y que su hija no se lo cogía así como que iba todos los meses a por medicinas a la farmacia y que esta le hablaba lo justo como a cualquier cliente, mientras que otro testigo señaló que el testador paseaba por la calle donde se encuentra la farmacia para verla y otro testigo que solo le refirió que tenía una hija que trabajaba en una farmacia pero que no le contó si había hablado con ella, de donde no puede desprenderse que la falta de relación entre el padre y su hija fuese únicamente imputable a esta última.

⁴⁸ BARCELÓ DOMÉNECH defiende que «el verdadero alcance de la sentencia no consiste en acoger la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino en considerar el maltrato psicológico de la hija como constitutiva del maltrato recogido en la causa 2.^a del artículo 853 del Código civil», y añade que «la pérdida de contacto familiar, la ausencia de relación, el abandono emocional, etc., deben tener entidad suficiente para caracterizar un maltrato psicológico incardinable en el artículo 853.2.^a del Código civil» (BARCELÓ DOMÉNECH, 2016, 296). En este sentido, ECHEVARRÍA DE RADA declara que «en definitiva, la importancia de esta sentencia no reside en que acoja o no la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino en que admite como maltrato psicológico, incardinable en el maltrato recogido en el artículo 853.2.^a, la conducta consistente en la falta de asistencia y cuidados al testador en determinadas circunstancias, circunstancia de hecho que debe valorarse por el Juez en cada caso» (ECHEVARRÍA DE RADA, 2017, 63).

⁴⁹ Cfr. en parecidos términos REPRESA POLO, 2015, 150; GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, 282 y; MALDONADO RUBIO, 2017, 654.

⁵⁰ Ello se reitera por la SAP de Córdoba (Sección 1.^a) 16 de octubre de 2017 al afirmar que el distanciamiento emocional no puede ser considerado como maltrato psicológico, ya que en este se exige «un plus de acometimiento físico».

⁵¹ Comparte esta opinión, la SAP de Cáceres (Sección 1.^a) 8 de febrero de 2019 al entender que la desafección no puede considerarse causa de desheredación por sí misma y desprovista de una conducta activa de menoscabo moral para el causante, de tal modo que,

aun cuando podría advertírsele un reproche de índole moral si resulta imputable exclusivamente al legitimario desheredado, no puede llevar a privarle de su derecho a la legítima.

Este argumento es refrendado por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) de 26 de abril de 2017, la cual resuelve que «en ningún caso existe prueba que avale que el hijo desatendió a su padre, quien, titular de las prestaciones propias de un trabajador jubilado, estaba, al parecer, perfectamente atendido por la demandada (su novia), por lo que, no concurriendo conducta injuriosa o vejatoria, no se puede apreciar la concurrencia de maltrato psicológico, ya que si bien efectivamente entre padre e hijo no se mantuvo la relación de trato y afecto tradicionalmente previsible dado su vínculo paterno-filial, tampoco cabe apreciar que concurren las causas de desheredación recogidas en el testamento siquiera con una interpretación extensiva o flexible de las mismas». En este caso, queda probada la falta de relación familiar entre padre e hijo, si bien entiende la Audiencia Provincial que no basta como causa de desheredación. Por su parte, la SAP de Toledo (Sección 1.^a) de 6 de octubre de 2017 llega a la conclusión de que «el maltrato psicológico a que alude el Tribunal Supremo no puede extender a la falta de contacto durante quince años. Este supuesto entra de lleno en el incumplimiento de deberes morales y relaciones paterno-filiales, pero no permite su elevación a causa de desheredación pues no encuentra encaje legal. La falta de relación familiar durante un periodo de quince años no implica maltrato psicológico alguno, ni se acredita maltrato de obra, ni que el abandono emocional, por más que sea doloroso, implica el maltrato que el Tribunal Supremo ha extendido al supuesto del artículo 853.2.º del Código civil».

En un sentido similar, la SAP de Granada (Sección 5.^a) de 1 de diciembre de 2017, a cuyo tenor «la Sala rechaza que la mera desafección pueda considerarse causa de desheredación por sí misma y desprovista de una conducta activa de menoscabo moral para el causante, por carecer de potencialidad suficiente para su consideración como maltrato psicológico». Igualmente, la SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 13 de junio de 2016 resuelve que «estamos ante un mero desamparo moral, falta de relación afectiva o de comunicación, o un abandono sentimental o ausencia de interés por el causante, que solo están sometidas al tribunal de la conciencia; circunstancias estas que no pueden ser objeto de valoración jurídica».

⁵² Conforme a lo expuesto, la sentencia concluye que «los hechos en los que la parte apelante basa su petición de mantenimiento de la desheredación no son tan graves como los que han dado lugar a la calificación de maltrato psicológico en las dos sentencias del Tribunal Supremo. En estas se había dado, bien la falta de relación con uno de los padres, que era el testador, durante los siete años en que estuvo enfermo, en que quedó al cuidado de una de sus hermanas, bien el vaciamiento del patrimonio del causante forzando a que este realizara donaciones en favor del heredero. Por el contrario, en el supuesto de autos lo que hay es una decisión de las actoras de no tener relación ni con su padre ni con su abuela, sin ningún episodio de maltrato de obra ni de palabra, lo que está mucho más cerca de la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar del derecho catalán».

Asimismo, la SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 20 de febrero de 2017 que deja claro que la desheredación no se debe a «un simple abandono emocional del demandante hacia su padre, sino que conducen a entender que este último debió padecer una zozobra y afectación profunda en su estado anímico». En el asunto de autos queda probado el maltrato psicológico por causas «tales como la necesidad de tener que abandonar el padre su propia casa ante la actitud coactiva y ante las reiteradas amenazas proferidas por su hijo, así como en la posterioridad litigiosidad surgida entre ambos con motivo del legítimo deseo del causante de recuperar la posesión de su domicilio frente a lo cual su hijo reaccionó reclamando por vía judicial el pago de las obras que había ejecutado en la casa, reclamación que fue desestimada por esta Audiencia al calificar a aquel como un precarista de mala fe».

⁵³ En este mismo sentido, cfr. REPRESA POLO, 2015, 156 y 160.

⁵⁴ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, 2007, 363.

⁵⁵ ECHEVARRÍA DE RADA entiende que «el maltrato implica un sufrimiento, un daño, que padecen en este caso los padres como consecuencia del olvido al que le someten los hijos, al romper las normas de comportamiento normales y exigibles»; el maltrato exige un *plus* en la conducta de los hijos para con sus padres o ascendientes que no meramente

el desapego, la falta de vínculo afectivo, la falta de contacto real entre dos personas que deberían tenerlo con frecuencia (ECHEVARRÍA DE RADA, 2019, 7).

Este requisito es admitido por la mayoría de la jurisprudencia menor, tal y como resume la SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 22 de abril de 2020, a cuyo tenor deben concurrir dos presupuestos para poder calificar la ausencia de relación familiar entre el testador y el descendiente legitimario como justa causa de desheredación «primero, que el desapego y la ruptura de la relación sea imputable al heredero legitimario y no el causante, ni que este la haya propiciado o sostenido, apreciándose recíproca la voluntad de ruptura de la relación y del distanciamiento (...) segundo, la conducta del legitimario ha de merecer un reproche social cualificado por las características que la desafección imputable a él pueda revestir, legándose en algunas resoluciones a sostener la necesidad de que el legitimario no se limite a un distanciamiento físico, sino exigiéndose un plus consistente en una conducta activa».

⁵⁶ En opinión de ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS «en realidad, si bien se mira, no hay nada más alejado del maltrato psicológico que la falta de trato» (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 10).

⁵⁷ «La ausencia de relación familiar entre descendientes y ascendientes por causa imputable al legitimario no está contemplada como tal en el Código civil» (PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1144).

⁵⁸ Sobre esta consideración cabe destacar la reflexión final de ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, a cuyo tenor «...cualquier intento de debilitarla mediante la actualización de las causas de desheredación genera más problemas que los que pretende solucionar. Si bien un sistema que describa taxativamente los motivos de privación de la legítima deja sin sanción comportamientos que acaso también merecerían ser considerados graves, la inseguridad jurídica y la dificultad de resolver en justicia es el precio que habrá que pagar si, por el contrario, es el juez quien en cada caso debe decidir cuándo existe causa de privación. La sociedad española y, en particular, la catalana, deben ser conscientes de que la liberalización de las causas de desheredación, dando paso a cláusulas abiertas y más flexibles, no solo incrementa la litigiosidad, sino que tampoco se traduce necesariamente en resultados más equitativos» (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 22-23).

⁵⁹ Han reformado su Derecho sucesorio para dotar de una mayor libertad al testador: Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia), Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón») y el País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil del País Vasco). Debiendo tener en cuenta, asimismo, el Fuero Nuevo de Navarra que regula la libertad absoluta de testar al carecer de legítima material (Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

⁶⁰ Cfr. artículo 467-27 de la Propuesta de Código civil: «son también causas para desheredar a los hijos y descendientes, las siguientes: a) haber negado sin motivo legítimo los alimentos al causante o a su cónyuge o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o a alguno de sus descendientes o ascendientes en los casos en que exista obligación legal de prestárselos; b) haber maltratado al causante o a su cónyuge o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o a alguno de sus descendientes o ascendientes».

1.5. Obligaciones y contratos

La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido*

The management activity of the Compliance Officer: contract and content proposal

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES

*Profesor de Derecho civil
Universidad de Cádiz*

RESUMEN: El reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida con la reforma del Código Penal en el año 2010, ha supuesto el origen de una nueva realidad social y económica: los servicios de cumplimiento normativo o servicios de *Compliance*. El nacimiento de nuevas necesidades corporativas, como consecuencia de la modificación del principio *societas delinquere non potest*, ha impulsado una novedosa forma de relacionarse en el plano profesional. El *Compliance* se viene considerando, así, como un sector en auge que demanda la delimitación del contenido contractual en cuya virtud se presta este servicio. La puesta en el mercado de los servicios de *Compliance* ha generado un punto de inquietud e inseguridad en este ámbito, ante el desconocimiento de los elementos que integrarán las relaciones jurídico-contractuales para la prestación de este nuevo servicio. La aproximación al contrato de *Compliance*, y el esbozo de una propuesta de contenido de las prestaciones que han de asumir las partes del contrato, vienen a ser la piedra angular de este estudio. Se parte de la esencial función de supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión penal que reseña el artículo 31 *bis* del Código Penal, sobre las que el *Compliance Officer* se constituirá como principal actor. Esta función se configura como una actividad de finalidad principal sobre la que se han de construirse las prestaciones del atípico contrato de *Compliance*. Sin embargo, ha de comportar el complemento de otras previas y posteriores como: la prevención; la información y el reporte al órgano de administración de la persona jurídica, aparte de otras actividades ajenas a la estricta gestión (*v.gr.* diseño, elaboración e implantación de los modelos preventivos). Este trabajo pretende poner de relieve y dar visibilidad a la eventual relación contractual entre el sujeto que desempeña profesionalmente la labor de *Compliance* y la persona jurídica que demanda los servicios de cumplimiento, para posteriormente proponer un contenido contractual al que las partes puedan acudir.

* Esta investigación se ha podido llevar a cabo gracias a la partida de financiación de cursos de formación del personal investigador de la Universidad de Cádiz, Programa de Fomento e Impulso de la Investigación y Transferencia 2018/2019 (2019-002/PU/PP-ASIST-CURSOS/MV), obteniéndose ayuda para el Curso de Cumplimiento Normativo de la Asociación de Estudios Penales, tutelado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

ABSTRACT: *The recognition of criminal responsibility for a legal person, set forth upon reform of the Criminal Code in 2010, gave rise to a new social and economic reality: regulatory Compliance services or Compliance services. The origination of new corporate needs based on the modification of the *societas delinquere non potest* principle drove new forms of establishing relationships within the professional scope. Thus, Compliance is being considered as a booming sector requiring the delimitation of the contractual content under which this service is provided. The bringing to market of Compliance services has raised a bit of concern and uncertainty in this field because of the lack of awareness of the elements to be integrated into the legal-contractual relationships for the provision of this new service. Showcasing an approach on the Compliance contract and outlining a content proposal for the performance to be assumed by the parties to the contract are deemed to be the cornerstone of this study. Starting with the fundamental function of supervision, surveillance and control of the criminal organisation and management models set forth by article 31 bis del Código civil for which the Compliance Officer shall stand out as the primary actor. This function is set up as a main purpose activity upon which the performance of the atypical Compliance contract is built. Nevertheless, it shall be supplemented by other previous and subsequent performance such as: prevention, information, and report to the management body of the legal person, in addition to other activities not related to the management itself (e.g. designing, preparing and implementing preventive models). This work aims to highlight and give visibility to the possible contractual relationship between the individual professionally performing the task of Compliance and the legal person demanding Compliance services and to subsequently make a proposal on the contractual content to which parties may have recourse.*

PALABRAS CLAVE: Contrato. Oficial de cumplimiento. Supervisión. Contenido contractual. Prestación de servicios. Profesional. Riesgo.

KEY WORDS: *Contract. Compliance Officer. Supervision. Contractual content. Service. Professional. Risk.*

SUMARIO: I. PROLEGÓMENOS.—II. LA REALIDAD DEL COMPLIANCE.—III. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPLIANCE: 1. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN. 2. EL ÓRGANO SUPERVISOR.—IV. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE COMPLIANCE.—V. HACIA UNA PROPUESTA DE CONTENIDO CONTRACTUAL: 1. FUENTES. 2. REGLAMEN-TACIÓN DERIVADA DE LA VOLUNTAD. 3. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES INTEGRABLES EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN: A) *Artículo 31 bis del Código Penal*. B) *Circular 1/2016 FGE*. C) *Normas de estandarización*: a) La UNE-ISO 19600:2015 y el proyecto ISO 37301:2020. b) ISO 37001:2016. c) UNE 19601:2017.—VI. OBJE-TO Y CONTENIDO CONTRACTUAL: PROPUESTA DE CLAUSULADO: 1. OBJETO DEL CONTRATO DE COMPLIANCE. 2. ESTIPULACIONES DERIVADAS DEL FUNDAMENTO DEL COMPLIANCE. A) *Relativas a la prevención del riesgo*: a) Identificar y evaluar el riesgo. b) Diseñar controles. c) Asesorar y formar: a') Asesoramiento. b') Formación. B) *Referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos*. C) *Sobre resultados, información y reporte a la dirección*. 3. ESTIPULACIÓN ORIGINARIA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA: PAGO DEL PRECIO. 4. ESTIPULACIONES FUNDADAS EN LA RELACIÓN DE CON-

FIANZA Y BUENA FE: A) *Deber de información y facilitación de acceso*. B) *Colaboración mutua y dotación de recursos*. C) *Autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses*.—VII. NATURALEZA CONTRACTUAL: ¿ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS?—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. PROLEGÓMENOS

La instauración en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹, con la consiguiente superación del conocido principio *societas delinquere non potest*, ha supuesto un cambio no solo en el ámbito jurídico-penal, sino también en las relaciones civiles. Esta trascendencia en el ámbito civil obedece a que la citada reforma penal ha introducido mecanismos de exención o atenuación, en su caso, de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión, que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y la encomienda de estas funciones, en determinados supuestos, a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, se convierte en el medio para la consecución de estos beneficios penales. Como consecuencia de la reforma penal operada, surge el oficial de cumplimiento normativo o *Compliance Officer*, sujeto prestador de los servicios de cumplimiento que, mediante la aplicación de sus conocimientos y experiencia, permitirá prevenir una hipotética responsabilidad penal de la persona jurídica.

Fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal², la que —aparte de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas— habilitaba un novedoso sistema de atenuación de la responsabilidad penal, a través del apartado 4 del 31 *bis* del Código Penal. Así, se opta por una doble vía, distinguiendo: por un lado, el delito cometido por las personas que tienen poder de representación en el seno de la persona física y que han actuado en su nombre o por su cuenta y, en todo caso, en su provecho; y por otro lado, se añade la responsabilidad de la persona jurídica, por no haber ejercido el debido control sobre sus empleados³.

Esta primera reforma solo contempla la consideración de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistentes en: *i*) la confesión a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la misma; *ii*) colaboración en la investigación mediante la aportación de pruebas; *iii*) reparación o disminución del daño antes del juicio oral; *iv*) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros. Este último punto constituirá la base de la posterior reforma.

En el año 2015, el legislador vuelve a modificar y añadir otros preceptos que clarifiquen y mejoren la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴. Así, la E.M. de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal exhibe la finalidad de la reforma: *i*) «delimitar adecuadamente el contenido del «debido control»», conforme a las dimensiones de la persona jurídica; y, *ii*) poner fin a las dudas interpretativas de la regulación operada en el 2010⁵.

El artículo 31 *bis* del Código Penal mejora considerablemente el ámbito normativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque existan importantes lagunas y ambigüedades. El apartado 1 del precepto distingue dos supuestos

de transmisión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas: *i*) la comisión delictiva (en nombre o por cuenta, y en su beneficio directo o indirecto de la persona jurídica) por parte de los representantes legales o aquellos que individualmente o como integrantes de un órgano estén autorizados para tomar decisiones u ostenten facultades de organización y control [supuesto a)]; *ii*) de los delitos cometidos (en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas del supuesto a), han podido cometerlos por la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control [supuesto b)].

Una vez que la norma muestra el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se adentra en las condiciones a cumplir, no solo para atenuar la responsabilidad, sino para su exención, diferenciando el supuesto a) del b). Así, si el delito es cometido por las personas físicas del a), la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad si se cumplen cuatro condiciones: *i*) que el órgano de administración de la persona jurídica adopte y ejecute con plena eficacia, y antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión preventivos, que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas que se anticipen al riesgo de acaecimiento del delito, además de cumplir con los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal⁶; *ii*) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo preventivo a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión; *iii*) los autores individuales han cometido el delito eludiéndose fraudulentamente los modelos preventivos; y, *iv*) la carencia de omisión o ejercicio deficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano supervisor.

La comisión delictiva por parte de los sujetos indicados en el supuesto b) y, su eventual exención, parece una reiteración de lo anterior. El apartado 4 del precepto solo señala que la persona jurídica quedará exenta si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión (condición 1.^a apdo. 2), sin hacer mención al órgano de supervisión (condición 2.^a apdo. 2). Sin embargo, de la lectura del apartado 1 supuesto b) del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen los necesarios deberes de supervisión, vigilancia y control al exponerse: «[...] las personas jurídicas serán penalmente responsables: De los delitos cometidos [...] por quienes [...] han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad [...]». Además, la única exención de la atribución de las funciones de supervisión (condición 2.^a del apdo. 2) a un órgano con poderes autónomos queda circunscrita expresamente a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, al poder ser asumido directamente por el órgano de administración. Es decir, aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, también han de supervisar, vigilar y controlar los modelos preventivos, pero a través del órgano de administración. La Circular 1/2016 FGE y parte de la doctrina, entre otros, (AGUILERA GORDILLO, 2018, 150-154) concluye que, aunque el apartado 4 guarde silencio sobre el resto de las condiciones establecidas en el apartado 2, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo es también común a ambos títulos de imputación (a y b).

En ambos supuestos (a y b), si alguna de las condiciones expuestas solo puede ser acreditada parcialmente, su valoración será tenida en cuenta a efectos de atenuación de una eventual condena.

Este panorama normativo, junto con la influencia internacional, ha propiciado la creación de una nueva figura y relación profesional: el *Compliance*

Officer u oficial de cumplimiento normativo⁷. Este debe considerarse como la génesis de una nueva relación profesional⁸, en creciente demanda por parte de las organizaciones. Al mismo tiempo, cabe destacar que cada vez son más los profesionales y consultoras que ofrecen los servicios de *Compliance* al mercado, y que inician una relación contractual, como respuesta a lo demandado por las personas jurídicas. De ahí que, en la relación *Compliance*-persona jurídica subyazca una relación de carácter jurídico-privado.

El entorno de una persona jurídica es considerado como un lugar idóneo para el riesgo de comisión delictiva, por la transferencia de la acción de la persona física (PÉREZ GONZÁLEZ, 2015, 13). Dicho riesgo, creado por las personas físicas de una organización, ha de ser neutralizado en un momento *ex ante* a su consumación o, una vez consumado, aminorar sus consecuencias. La reforma penal del 2010, y más aún la del año 2015, han pretendido impulsar la adopción de medidas preventivas que tengan como objetivo primordial: *i*) la creación de una verdadera cultura del cumplimiento; *ii*) servir de mecanismo de exoneración o atenuación de una eventual pena⁹. Entre otras condiciones, según el vigente del Código Penal, la base elemental para que exista una exoneración o atenuación de una hipotética condena es que la persona jurídica adopte previamente, de forma eficaz, los denominados modelos de organización y gestión penal —denominados también programas de cumplimiento normativo, *Compliance Programs*, Sistemas de Gestión Penal, etc.— y que estos sean supervisados por un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control. Estos dos elementos constituirán el punto de partida para el objetivo perseguido: esbozar una propuesta de contenido contractual entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica.

Del tenor del artículo 31 *bis* apartado 2 del Código Penal se comprueba, de forma abstracta e imprecisa, que la persona jurídica, sujeto activo por transferencia de determinados delitos, puede quedar exonerada o atenuada de una eventual condena si cumple con una serie de medidas preventivas. Para la implantación de los sistemas o modelos de prevención, un gran número de organizaciones vinculadas por el precepto penal¹⁰, acuden a consultoras, expertos en cumplimiento normativo o incluso a la relación laboral, con el objetivo de obtener los beneficios propuestos en la norma penal. En todo caso, lo habitual es que se entable una relación contractual privada entre el garante del cumplimiento y la persona jurídica.

El cumplimiento normativo o *Compliance* hace referencia a la observancia tanto de normas jurídicas, como de reglas voluntarias adoptadas por la propia organización (autorregulación). Además, el cumplimiento alude a la puesta en marcha de toda una estructura o sistema que tenga como misión la de hacer que se cumplan las normas y reglas antedichas. No solo son las normas penales las que engloban el objeto del cumplimiento, sino que existe una importante variedad de normas jurídicas sectoriales extrapenales que tienen como destinatarias a las organizaciones (*v.gr.* sector financiero, bancario, farmacéutico, blanqueo de capitales, mercado de valores, protección de datos personales, mercantil, etc.).

Esta nueva virtualidad normativa se ha traducido en una realidad económica y social, el denominado sector del *Compliance*, actualmente en auge en diferentes ámbitos: formativo¹¹, profesional, calidad empresarial, jurídico, etc. En EE.UU., el *Compliance Officer* ha sido considerado como uno de los empleos que más ha crecido en los últimos años (MILLMAN and RUBENFELD, 2014). La proliferación de personas (físicas y jurídicas) especializadas en *Compliance* hace que el ordenamiento tenga que dar respuesta a los problemas que plantean las hipotéticas relaciones jurídicas: prestación laboral y la externalización de los servicios (contrato de arrendamiento o prestación de servicios).

La problemática que suscita el contenido de la relación jurídica entre el oficial de cumplimiento y los demandantes de sus servicios, se agudiza ante la escasa regulación estatutaria del profesional¹², a pesar de ser motivo de reclamaciones por el sector¹³. A este respecto, la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la *responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015* (en adelante, Circular FGE¹⁴), señala que las funciones de *Compliance* pueden ser desempeñadas tanto por un órgano autónomo interno de la persona jurídica u optar por la externalización de sus funciones¹⁵, no habiéndose previsto por el legislador forma alguna para la prestación de los denominados servicios de *Compliance*, y menos aún, en orden al desarrollo de las funciones propias del *Compliance Officer*.

De entre aquellos que ofrecen los servicios de cumplimiento normativo y las personas jurídicas que los demandan, surge una necesidad: la regulación de la relación entre ambas partes y la determinación de su contenido. Por un lado, tenemos a un profesional cualificado que pone en el mercado sus conocimientos en materia de cumplimiento normativo y, por otro, a la persona jurídica que los demanda a fin de contar con la garantía de los beneficios previstos en la norma penal.

Si se parte de la hipótesis más habitual en la práctica, consistente en la celebración de un contrato de naturaleza civil entre el profesional del cumplimiento y la persona jurídica, el objeto del presente estudio se ha de incardinar en el esbozo de una propuesta de su contenido. Para abordar tal objetivo, la labor se limita a una exégesis del precepto penal (art. 31 *bis* CP), puesto en relación con otras fuentes extrapenales, a la luz de los planteamientos doctrinales sobre el contenido contractual y, más específicamente, sobre el que ha de integrar este atípico contrato. Con carácter preliminar, se han de extraer las funciones propias del *Compliance Officer*, en su labor de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos a los que se refiere la condición 1.ª del apartado 2 del artículo 31 *bis* del Código Penal, para, una vez delimitado este aspecto, esbozar una propuesta del contenido contractual al que las partes puedan acudir para reglamentar su voluntad.

La fuente normativa de partida la constituye el artículo 31 *bis* del Código Penal, que será complementada con otras disposiciones no normativas (las interpretaciones de la FGE y las normas de estandarización, nacionales e internacionales), puestas en relación con el ordenamiento privado contractual. Los citados estándares pueden responder al concepto de usos profesionales¹⁶, ya que vienen utilizándose de forma orientativa y repetida por el sector profesional, tanto para el diseño e implantación de los modelos de organización y gestión, así como para las labores de su supervisión, vigilancia y control. La generalidad de la norma penal ha incitado al sector para recurrir con regularidad a las normas de estandarización dictadas por organismos privados de ámbito nacional e internacional. Así, la *International Organization for Standardization*¹⁷ (mediante normas *ISO*) o la Asociación Española de Normalización¹⁸ (normas *UNE*) han respondido, en cierta medida, al ámbito del *Compliance*. Estas directrices, de naturaleza orientativa y voluntaria para determinados ámbitos del sector empresarial, tienen como cometido la armonización de los productos y servicios puestos en el mercado por las empresas, en apesta por una mínima calidad¹⁹.

En el sector del *Compliance*, se han publicado diversas normas de estandarización que tienen como finalidad la implantación, diseño y verificación de los sistemas de gestión de riesgos penales, principalmente: a) la *UNE-ISO 19600: 2015 «Sistemas de gestión de Compliance. Directrices»*, que será sustituida en breve por la *ISO 37301:2020 «Compliance management systems - Requirements with*

guidance for use»²⁰; b) la UNE-ISO 37001: 2016 «Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso»; c) la UNE 19601: 2017 «Sistemas de gestión de *Compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso».

El recurso a estas reglas orientativas por parte del sector profesional del *Compliance* está motivado por la necesidad de profundizar y clarificar sobre el diseño, implantación, y supervisión de los modelos de organización y gestión preventivos²¹. En muchos estudios, trabajos y actuaciones formativas sobre *Compliance* se acude a la aplicación orientativa de las citadas normas de estandarización, ya que son las únicas que profundizan sobre la intrínseca función de cumplimiento normativo.

Si extraemos los fundamentos esenciales del artículo 31 *bis* del Código Penal y los conjugamos con las reglas de estandarización, se podría esbozar una aproximación o propuesta de contenido de la relación contractual, teniéndose en cuenta las normas jurídico-civiles que enmarcan el derecho de obligaciones y contratos en nuestro ordenamiento.

Con estas premisas, el presente estudio se divide en dos partes esenciales: la primera aborda los elementos del contrato mediante el que las partes —la persona jurídica y el oficial de cumplimiento— manifiestan su voluntad de vincularse; y la segunda se destina al análisis del contenido o clausulado de dicho contrato. En concreto, nuestro trabajo se centrará en la delimitación del posible clausulado de aquellos contratos destinados a la actuación del modelo de organización y gestión para la prevención, previamente implantado en la persona jurídica. Las estipulaciones que se van a abordar se han dividido en dos categorías: 1) aquellas que derivan de la naturaleza y fundamento del cumplimiento normativo; y 2) las que se configuran a partir del espíritu económico del vínculo y la relación de confianza y actuación conforme a las exigencias de la buena fe de los sujetos contratantes.

En definitiva, a partir del análisis del artículo 31 *bis* del Código Penal, de los usos profesionales del sector (normas de estandarización) y de toda una serie de principios y reglas orientativas, se esbozarán las funciones de la persona jurídica y del oficial de cumplimiento, lo que permitirá extraer las eventuales reglas, pactos, cláusulas o estipulaciones que las partes, a fin de dar satisfacción a sus intereses, pueden acordar. Este haz de derechos, facultades, obligaciones, asunciones de responsabilidad, etc., servirá de orientación, modelo o boceto a los agentes implicados en este sector a la hora de fijar el contenido del contrato de *Compliance* destinado a la gestión del modelo de cumplimiento.

II. LA REALIDAD DEL COMPLIANCE

Por influjo de países del entorno europeo²², el legislador español decidió instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, carente de tradición en el ordenamiento jurídico nacional. Así, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso un antes y un después para el principio *societas delinquere non potest*, ante la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a las organizaciones, plasmada, en este aspecto, en el nuevo artículo 31 *bis* del texto penal. La entrada en vigor de esta construcción *ex novo* vino justificada por la demanda internacional de una respuesta contundente frente al auge de la corrupción en el seno de las organizaciones²³. Al mismo tiempo que se establece que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, el legislador previó, entre otras, la posibilidad de atenuación de la responsabilidad por el establecimiento (antes

del juicio) de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros [apdo. 4 d) art. 31 bis CP]. Puede decirse que esta fue la primera manifestación legal de lo que posteriormente serán los modelos de organización y gestión preventivos o programas de cumplimiento normativo.

A pesar de la aceptación del nuevo modelo, la reforma del 2010 recibió diversas críticas por parte la doctrina, en especial, a los efectos que nos conciernen, en atención a que el apartado 4 del artículo 31 *bis* solo incardinaba la atenuación de la pena por una actuación posterior al hecho delictivo y no preventivamente: confesión; colaboración; reparación o disminución del daño; establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros. En concreto, la norma únicamente contemplaba la posibilidad de atenuantes en relación al establecimiento, antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, cuando ya el delito se había consumado. Años más tarde, entra en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁴, la cual apuesta por una mejora técnica en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵, que se efectúa a través de la «finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control» [...]», interesándose la prevención del delito mediante el cumplimiento de ciertos programas, frente a la adopción de conductas *post delictum*. Esta última reforma concede al artículo 31 *bis* del Código Penal un contenido no tan abstracto, aunque carente todavía de precisión en diversos aspectos.

El nuevo marco normativo habilitará, no solo la atenuación de una eventual condena, sino la exención mediante el cumplimiento de una serie de medidas y condiciones más detalladas que las previstas en la redacción originaria. Los elementos comunes de los supuestos a), b) y de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones son dos: *i*) la adopción de modelos de organización y gestión preventivos del riesgo penal (antes de la comisión del delito) que contengan medidas preventivas (condición 1.ª apdo. 2 del artículo 31 *bis* CP); *ii*) La actividad de supervisión, vigilancia y control (en determinados supuestos mediante un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control encargado de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento y, en otros, mediante el órgano de administración) (condición 2.ª apdo. 2 del art. 31 *bis* CP). Además, la norma aclara los requisitos que han de concurrir en los modelos de prevención (apdo. 5 del art. 31 *bis* CP), lo que dota de cierta seguridad jurídica al régimen instaurado, frente a la dicción de 2010.

Los modelos de organización y gestión, y el órgano de supervisión quedan configurados como medidas de prevención penal voluntarias, ya que la norma no impone su obligatoriedad, sino que reconoce a la entidad que decide implementarlas la posibilidad de una atenuación o exención de una eventual condena. El artículo 31 *bis* del Código Penal tiene como función la prevención del delito mediante el cumplimiento de normas legales y otras fundadas en la voluntad de la persona jurídica. Para ello, se han de implementar una serie de mecanismos (denominados modelos de organización y gestión) que se anticipen al riesgo, que incluyan medidas preventivas y que contengan las previsiones estipuladas en el apartado 5. Aparte de lo anterior, estos han de ser supervisados por alguien, bien por un órgano con poderes autónomos, bien por el propio órgano de administración (en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones).

A pesar de que la figura del *Compliance Officer* carece de referencia expresa en las diferentes reformas del Código Penal, su génesis, puede decirse, que parte de la realidad jurídica impuesta por la vigente dicción del artículo 31 *bis* y ss. Este novedoso perfil profesional asiste a una progresiva construcción, importado de foráneos sistemas legislativos de corte anglosajona²⁶, con objeto de dar respuesta

a los intereses demandados por las personas jurídicas. Las funciones de *Compliance* tienen como misión la puesta en marcha de una serie de medidas, pautas organizativas y procedimientos que detecten, prevengan y gestionen el riesgo de incumplimiento de las normas legales o reglas voluntarias asumidas por una organización (MONTANER, 2018, 27).

En este escenario, el cumplimiento normativo o *Compliance* hace referencia a aquellos mecanismos, procedimientos y herramientas que tienen como objetivo el cumplimiento de normas, tanto legales como adoptadas voluntariamente (autorregulatorias), y la prevención o minoración del impacto que dicho incumplimiento puede ocasionar sobre la actividad, reputación o resultado de una persona jurídica. Esto anterior se viene a traducir en la actitud activa que han de desempeñar las personas jurídicas, abocadas a la necesidad de constituir una determinada estructura, de procedimientos eficaces que tengan como objetivo la detección y gestión temprana del riesgo de incumplimiento normativo de carácter legal y/o voluntario, con la finalidad de mitigar anticipadamente dichos riesgos y eventuales sanciones (PUYOL MONTERO, 2017, 1). El cumplimiento normativo encuentra, de este modo, como finalidad la prevención: la persona jurídica ha de anticiparse a que el incumplimiento de las normas conduzca al resultado lesivo de un bien jurídico digno de protección.

El nuevo panorama legal supone la génesis de una figura independiente con la función genérica de supervisión del cumplimiento, tanto de normas jurídicas como de aquellos modelos de organización y gestión. Se acude a una nueva realidad profesional, cuya misión esencial viene a ser el control del cumplimiento de normas. Con estructura y tareas similares, este perfil profesional, se ha instaurando en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, tal es el caso de la protección de datos personales; a este respecto, el Reglamento Europeo de Protección de Datos ha venido a definir a esta análoga figura como *Data Protection Officer* o Delegado de Protección de Datos, dotándola de un régimen jurídico propio y con la finalidad de servir de garantía en el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales²⁷.

Como se ha apuntado, el ordenamiento jurídico-penal español no hace mención, en ninguno de sus preceptos, al perfil del *Compliance Officer*, sino que se limita a reseñar que si la persona jurídica desea beneficiarse de la exención o atenuación de su eventual responsabilidad penal, cuando el delito es cometido por alguna de las personas contenidas en el apartado a) o b)²⁸ del artículo 31 *bis* apartado 1 del Código Penal, aquella ha de contar (entre otras condiciones) con un órgano revestido con poderes autónomos de iniciativa y control, que ejerza las funciones de supervisión del cumplimiento de los modelos de prevención penal implantados; o bien que estas tareas recaigan en quien tenga la encomienda legal de la supervisión de la eficacia de los controles internos de la persona jurídica²⁹.

Conforme a la redacción del artículo 31.2 *bis* 2.^a, la norma penal plantea dos tipos de órganos para el desempeño de la función de cumplimiento normativo: *i*) una persona autónoma (en la iniciativa y control), con las genéricas funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención penal previamente implantado; o *ii*) aquel que derive de una norma jurídica, en la que se encomienda legalmente a un órgano con funciones supervisoras (*v.gr.* en materia de blanqueo de capitales los órganos de control interno³⁰). Además, podría establecerse una tercera categoría: *iii*) la posibilidad de asunción de las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a apartado 2 del artículo 31 *bis* por el propio órgano de administración, en aquellas personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Las dos últimas [*ii*) y *iii*)] no excluyen que las tareas de cumplimiento sean desempeñadas por el órgano con poderes autónomos [*i*)].

La Circular 1/2016 FGE cierra el interrogante de si el órgano de supervisión al que hace mención la condición 2.^a del apartado 2 del artículo 31 *bis* del Código Penal responde a la naturaleza de *Compliance Officer* u oficial de cumplimiento normativo. De forma clara, la Fiscalía concluye que «[...] la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *Compliance officer*), [...] constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad»³¹, ya sea interno o mediante el recurso a la contratación externa.

El *Compliance*, en nuestra sociedad, está experimentando un auge tanto en la oferta formativa de cursos y acreditaciones, como en la oferta y demanda en el mercado de los servicios de cumplimiento, lo que denota una expansión de notable interés (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 391). La habilitación de la contratación externa ha supuesto cierta ampliación de la oferta de servicios profesionales independientes, aunado al incremento de la demanda por las organizaciones destinatarias del artículo 31 *bis* del Código Penal, cuya pretensión teórica radica en «promover una cultura ética empresarial»³² basada en el cumplimiento y, así, prepararse para la satisfacción de un interés práctico: la hipotética atenuación o exoneración de una condena y/o cualquier otra circunstancia que incida negativamente en su actividad (*v.gr.* daño reputacional).

III. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE *COMPLIANCE*

De la dicción del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen dos elementos comunes para los supuestos de transferencia de la responsabilidad penal hacia la persona jurídica: *i*) los modelos de organización y gestión preventivos; y *ii*) el órgano supervisor, con poderes autónomos de iniciativa y control. Sobre estos pivotarán los compromisos del *Compliance Officer* y de la persona jurídica.

1. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El *Compliance Officer* y la persona jurídica disponen de un medio para la prevención: los modelos de cumplimiento, configurándose como instrumento de trabajo para el desempeño de la actividad de gestión. La finalidad de estos radica en la anticipación a las consecuencias derivadas de la consumación delictiva, neutralizando o aminorando, en caso de consumación del riesgo, las consecuencias jurídicas³³. En esencia, la persona jurídica destinataria del precepto busca la satisfacción de un concreto interés: el establecimiento de una cultura ética empresarial y la exención o atenuación de una eventual condena como consecuencia de la actividad conjunta del *Compliance Officer* y de la organización. Así, los programas de prevención se constituyen como la base sobre la que se desarrolla la actividad de cumplimiento, de ahí que, parte de la eventual relación contractual, se proyecte sobre su contenido (medidas de vigilancia y control idóneas que prevengan).

2. EL ÓRGANO SUPERVISOR

La norma penal (art. 31 *bis* CP) se refiere en varias ocasiones a la acción de supervisar³⁴: 1) la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos

por los sometidos a la autoridad de las personas físicas del apartado a) cuando se ha incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control por los que tienen esa *auctoritas*, entre los que se incluye al *Compliance Officer* [art. 31 *bis* apdo. 1 b)]; 2) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos preventivos cuando el delito es cometido por las personas indicadas en el apartado a) (art. 31 *bis* apdo. 2 2.^a); 3) la no omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano con poderes autónomos (art. 31 *bis* apdo. 2 4.^a); 4) la competencia de las funciones de supervisión en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (en el órgano de administración) (art. 31 *bis* apdo. 3).

La FGE, en la Circular 1/2016, aclara que la supervisión del modelo de prevención de delitos ha de encomendarse a un órgano creado *ad hoc*, salvo en aquellas entidades en las que exista tal órgano por disposición legal³⁵, denominándose oficial de cumplimiento o *Compliance Officer*³⁶ (Cfr. MONTANER, 2018, 29)³⁷, el cual ha de disponer de poderes autónomos de iniciativa y control. Esta figura puede constituirse individualmente o de forma colegiada, formar parte de la persona jurídica (órgano interno), o bien, recurrir a la contratación externa³⁸ (externalización).

La dificultad radica en el establecimiento de las funciones del órgano supervisor, debido al absoluto silencio de la norma penal. Sin embargo, la FGE adelanta las siguientes³⁹: 1) diseño y elaboración: deberá participar en la elaboración de los modelos; 2) actividad de gestión: debe de asegurar el buen funcionamiento del modelo mediante auditorías, vigilancia y control para verificar, al menos, los requisitos del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal⁴⁰. Esta última constituirá la base constructiva del contenido del contrato a los efectos del presente estudio, dejando a un lado la primera para posteriores investigaciones.

Como cualidades del profesional se establecen: el necesario conocimiento y experiencia profesional; la dotación de medios técnicos y adecuados; la facilitación del acceso a los procesos internos, a la información y actividades de la persona jurídica e independencia⁴¹.

IV. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE COMPLIANCE

Como se ha señalado en apartados anteriores, la Circular 1/2016 habilita a la «contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica»⁴². De ahí que el contrato se convierta en uno de los mecanismos para la satisfacción de los intereses de las partes⁴³.

En el sector del *Compliance*, existen dos sujetos que persiguen intereses distintos, pues, por un lado, se encuentra la persona jurídica que persigue quedar amparada por el contenido del artículo 31 *bis* del Código Penal y, por otro, una persona física o jurídica que ofrece al mercado los distintos tipos de servicios de cumplimiento.

Así, detrás de los sujetos intervinientes en la relación de *Compliance*, existen unos determinados fines o intereses de carácter patrimonial, pues la persona jurídica que demanda una determinada prestación, satisface una necesidad, mientras que el profesional obtiene una contraprestación como consecuencia del desarrollo de su actividad. En dicha relación, existen dos sujetos perfectamente diferenciados: la persona jurídica y el *Compliance Officer*, ostentando cada uno de ellos una determinada posición en la eventual relación jurídico-obligacional. La realidad social y económica actual es que el experto en cumplimiento normativo pone en el mercado la oferta de sus servicios de *Compliance*, cuyos destinatarios

son las personas jurídicas que, al amparo de los artículos 31 y sigs. del Código Penal, los demandan.

Cuando el oficial de cumplimiento normativo ofrece sus servicios y la persona jurídica los acepta, podemos decir que nacería la relación contractual (*ex. art. 1262, párrafo primero, CC*). Al igual que cualquier contrato, el de *Compliance* será válido cuando concurren los requisitos esenciales que promulga el artículo 1261 del Código civil (consentimiento, objeto y causa), al circunscribirse, por su atipicidad, a la general libertad de forma.

El contrato de *Compliance* debe considerarse como un contrato atípico⁴⁴, que nace de la autonomía de la voluntad de las partes, para satisfacer unas concretas necesidades, dando origen a una relación contractual no reglamentada en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1255 CC). Además, se configura, en consonancia con la terminología del Tribunal Supremo, como un contrato «complejo o mixto», al derivar de la facultad que tienen los contratantes de crear tipos distintos de los previstos en la Ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, utilizando los elementos de contratos regulados por esta, mediante fusión o simple unión de los mismos (STS de 21 de junio de 2012).

En términos generales, a partir de los fundamentos del cumplimiento normativo, puede definirse al contrato de *Compliance* como aquel por el que una de las partes (oficial de cumplimiento o *Compliance Officer*), con cualidad de independiente, se obliga a participar en el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización y gestión del riesgo penal; y/o, una vez implantado, prestar los servicios de gestión consistentes en la supervisión, vigilancia y control sobre los primeros, cuya destinataria es una persona jurídica, que generalmente se obliga a abonar un precio cierto como contraprestación.

V. HACIA UNA PROPUESTA DE CONTENIDO CONTRACTUAL

1. FUENTES

La tarea de dotar de contenido contractual al contrato de *Compliance* no es un cometido sencillo. Las dificultades provienen del desconocimiento por parte del legislador de esta naciente figura contractual, así como de la falta de determinación de unas claras funciones y competencias del prestador del servicio que posteriormente puedan traducirse en el plano contractual. Esta anárquica situación ha sido puesta de manifiesto por el sector del *Compliance*⁴⁵, en coexistencia con una gran variedad de opiniones, algunas poco acertadas, sobre qué debe ser un *Compliance Officer* o quién debe desempeñar dicho rol, que además se han aventurado a valorar las tareas y funciones que ha de ejecutar. Desde este plano profesional, sin unas herramientas metodológicas claras ni reglas hermenéuticas, se han propuesto funciones de lo más variopintas y desnaturalizadas, llegando incluso a darle cometidos que desvirtuarían la esencia de esta figura y que podrían dar lugar a ambiguas responsabilidades.

Aventurarse a emprender el contenido del contrato de *Compliance* exige reparar, aunque sea de manera sucinta, en este aspecto. La doctrina española, en interpretación de los artículos 1255 y 1258 del Código civil, entiende que el contenido del contrato consiste en una o varias reglas de conducta que establecen los deberes y poderes de las partes (lo que las partes pueden y/o deben hacer) (DÍEZ-PICAZO, 1972, 226) y que se instituyen como la «ley del contrato» *ex. artículo 1091 del Código civil* (DÍEZ-PICAZO, 1976, 67); o conjunto reglamentario

por el que se rige el contrato (BLANDINO GARRIDO, 2015, 247 y DE ELIZALDE DE IBARBIA, 2015, 37) (Cfr. GARCÍA PÉREZ, 1082-1086⁴⁶). Estas reglas han sido creadas por la voluntad de las partes⁴⁷ (ex. art. 1255 CC) y coinciden con aquellos pactos, cláusulas o estipulaciones, que regirán la vida del contrato y que pueden considerarse como esenciales o no (accidentales). La esencialidad de una regla radica en aquel contenido sin el cual no puede desarrollarse la función económica ni la consecución del intento práctico; la accidentalidad como aquella que es innecesaria para lograr los fines contractuales (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1972, 230-232).

El contenido contractual nace esencialmente de la voluntad de las partes, quienes gozan de la facultad de determinar libremente cuáles son los derechos y obligaciones que derivan del contrato, con las limitaciones que impone el ordenamiento a la libertad de pacto (ex. art. 1255), a saber, ley, moral y orden público. Así, se considera que la libertad contractual constituye el fruto del contenido (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2002, 15-21), ya que las partes pueden fijarlo como ellas lo entienden. Sin embargo, la dificultad estriba en determinar cuál ha de ser la voluntad real de las partes o el sentido que quieren dar a las disposiciones contractuales (DELEBECQUE y PANSIER, 1998, 110).

Aparte de las reglas que emanan de la voluntad de los contratantes, se encuentran las derivadas del mandato legal, el uso o la adhesión. De ahí que las fuentes del contenido contractual puedan sintetizarse en: 1) normas imperativas; 2) autorregulación derivada de la autonomía privada; 3) las normas supletorias: dispositivas, consuetudinarias; y 4) la buena fe contractual (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1972, 233). Otros autores (BLANDINO GARRIDO, 2012, 574-578), en interpretación de los postulados de textos académicos como el DCFR, destacan como fuentes las cláusulas contractuales, expresas y tácitas, según su procedencia; la ley, las prácticas y los usos, así como las cláusulas implícitas (derivadas de la naturaleza y finalidad del contrato; la buena fe y la honradez en los tratos).

2. REGLAMENTACIÓN DERIVADA DE LA VOLUNTAD

La fuente más natural de las estipulaciones de un contrato son los acuerdos expresos de los contratantes (BLANDINO GARRIDO, 2012, 574), fruto de la libertad contractual y consecuencia de la satisfacción de sus intereses. En un contrato con indicios de atipicidad⁴⁸, como el de *Compliance*, ocupan un importante papel los pactos, ya que al no existir una mínima reglamentación jurídica, son los sujetos integrantes de la relación contractual los que libremente han de diseñar y normativizar su voluntad.

La autonomía de la voluntad, reconocida por nuestro ordenamiento en el artículo 1255 del Código civil, constituye la primera vía de integración del contenido del contrato de *Compliance*. Los sujetos de la relación contractual disponen de amplia libertad para establecer los pactos, condiciones y estipulaciones que han de regir la relación de *Compliance*, con la limitación de que estos no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 CC). Ante la falta de tipicidad del contrato de *Compliance*, las partes no podrán acudir a ningún modelo contractual previamente reglamentado por el ordenamiento jurídico para implantar íntegramente el contenido legal de su contrato, sino que habrán de configurarlo *ex novo*, estableciéndose aquellas condiciones que mejor se adapten a la satisfacción de sus intereses particulares, con la consecuente advertencia de que, una vez perfeccionado, quedarán obligadas no solo a lo dispuesto volunta-

riamente, sino también a todas las exigencias que deriven de la ley, de la buena fe y de los usos (*ex art. 1258 CC*). Eso sí, en la configuración del contenido del contrato de *Compliance*, por su carácter de contrato «complejo o mixto», las partes podrán acudir a determinaciones diversas provenientes de otros contratos típicos con los que guarde conexión parcial.

La importancia de delimitar el contenido contractual se encuentra en la amplia libertad concedida, que puede dar lugar a que se introduzcan pactos ajenos a la esencia de una relación de cumplimiento normativo. El profesional podría asumir funciones que no satisfacen la finalidad contractual, el cumplimiento normativo, condiciones interesadas por la persona jurídica para alcanzar fines distintos al fundamento de esta institución, *v.gr.* transferir la responsabilidad al profesional, con la asunción de una genuina posición de garante (GUTIÉRREZ PÉREZ, 2015, 5). La relación de *Compliance* no puede tener como fundamento la absoluta garantía de que la persona jurídica no responda penalmente, y mucho menos que sea el profesional el que deba de responder porque así se haya dispuesto mediante cláusulas contractuales que lo determinen como un claro responsable. Esto motiva aún más la necesidad de delimitar el contenido del contrato de *Compliance*, para que el profesional, mediante los pactos, asuma la esencia de una relación propia del cumplimiento normativo. Para ello, resulta esencial la segunda parte del artículo 1258 del Código civil, en cuya virtud, los contratantes se deben, no solo a lo pactado, sino a todas las consecuencias que deriven de la buena fe⁴⁹, los usos y la ley.

En consecuencia, aunque el contrato de *Compliance* nace esencialmente de la voluntad de las partes, de los pactos, se ha de acudir a otras fuentes como la ley, los usos y la buena fe⁵⁰ para que sirvan de reconstrucción de unas hipotéticas reglas contractuales. Así, para determinar el eventual clausulado, que reglamente el contrato de *Compliance* [cuyo objeto (parcial) radica en la actividad de gestión], han de extraerse las funciones de las partes a través de la norma que da origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 CP), así como de otras disposiciones legales relativas a los contratos (como los artículos 1261 o 1262 CC), los usos y la buena fe (art. 1258 CC). Estas fuentes normativas podrán ser completadas y adaptadas a este particular contrato, a través de los criterios emitidos por la FGE (Circular 1/2016), así como por las normas de estandarización a las que usualmente recurre el sector.

3. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES INTEGRABLES EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN

A) Artículo 31 bis del Código Penal

La genérica redacción del artículo 31 bis del Código Penal y la falta de previsión normativa hacen que no exista un marco definido de las funciones y competencias que han de asumir tanto el profesional del cumplimiento normativo, como la persona jurídica que demanda sus servicios. Es decir, cuando aludimos al cumplimiento normativo o al *Compliance*, en general, nos referimos al establecimiento de unos determinados mecanismos en el seno de la organización que tengan por objeto el cumplimiento de las normas y, por ende, la prevención de cualquier incumplimiento que conlleve a un resultado lesivo.

La primera parte del artículo 31 bis del Código Penal declara la responsabilidad penal de la persona jurídica por transferencia, en dos supuestos, a) y b) de

su apartado primero, analizados en epígrafes anteriores. Posteriormente, exhibe las reglas que han de regir para que la persona jurídica pueda acogerse a la exención o, en supuesto de acreditación parcial, a la atenuación de una hipotética condena, a las que se ha hecho referencia en epígrafes anteriores.

El cumplimiento normativo y las funciones de *Compliance* pivotan sobre los modelos de organización y gestión a los que hace mención la condición 1.^a del apartado 2 artículo 31 *bis* del Código Penal. De la lectura del precepto, se pueden vislumbrar varias acciones relativas al cumplimiento: 1) el previo diseño y elaboración de los modelos (con finalidad preventiva o reductoras del riesgo, incluyéndose medidas de vigilancia y control), conforme a los requisitos del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal; 2) una voluntad activa de la persona jurídica: la adopción e implantación de estos modelos, realizando lo necesario para su efectivo establecimiento; 3) la encomienda de la supervisión (del funcionamiento y cumplimiento del modelo) a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control o a quien lo ostente legalmente; y 4) proceso de ejecución continuada del sistema implantado (*ex ante* a la comisión del delito). De estas acciones, las que interesan al presente trabajo son aquellas que respondan a la actividad en sí misma considerada, sin atender a la obtención de un resultado cierto: la gestión *Compliance* de los modelos, aplazándose a investigaciones futuras las restantes⁵¹.

La persona jurídica, a través del órgano que tenga atribuida la toma de decisiones, debe declarar la voluntad de implantar los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control preventivas. Además, será la competente para nombrar al supervisor del funcionamiento y cumplimiento del modelo, ya sea de la propia persona jurídica, ya se contrate externamente.

Las competencias que se extraen del artículo 31 *bis* del Código Penal deben de entenderse como indelegables del órgano de toma de decisiones de la persona jurídica, ya que no pueden depender de un tercero funciones que corresponden a aquella, en exclusividad, por expresa atribución legal. Sin embargo, a pesar de configurarse como una exclusividad del órgano de administración, este puede servirse del asesoramiento y la colaboración de un experto en cumplimiento, que será quien posteriormente lleve a cabo, con la colaboración de la organización, de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo implantado. Lo más probable es que el órgano de administración no disponga de los conocimientos necesarios o no desee emplear parte del tiempo en lo concerniente al desarrollo técnico y ejecución de los modelos y que, por ello, demande a un experto profesional que le asista⁵².

Del artículo 31 *bis* del Código Penal se extraen tres bloques de acciones esenciales: 1) adoptar los denominados modelos de organización y gestión (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 1.^a; apdo. 4 y 5 CP), para lo cual es necesario el previo diseño y elaboración; 2) la ejecución o gestión de dichos modelos (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 1.^a y apdo. 4); y 3) la encomienda de supervisión y su posterior desarrollo (art. 31 *bis* apdo. 2, regla 2.^a y apdo. 3).

El *Compliance Officer* podría implementar alguna de las anteriores acciones, pero no deben considerarse como funciones exclusivas del profesional; lo más apropiado es la asistencia a la persona jurídica en el desarrollo de algunas funciones, en especial la actividad de gestión y el diseño, elaboración e implantación de los modelos. De ahí que la organización haya de adoptar la decisión de diseñar, elaborar e implantar los modelos de organización y gestión, pudiéndose solicitar la colaboración de expertos en cumplimiento para que le asista en las anteriores tareas y la verificación de los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal (BONATTI BONET, *et al.*, 2017, 169) (funciones que podrían integrarse en el contrato de *Compliance*, pero que exceden de la actividad de gestión).

Como se ha indicado en epígrafes anteriores, el precepto que se analiza exige que se confíe la supervisión a un determinado órgano de la persona jurídica⁵³ (o por atribución legal), que disponga de poderes autónomos de iniciativa y control, con la misión de evitar o aminorar una eventual declaración de responsabilidad criminal de la persona jurídica (JIMENO BULNES, 2019, 43). Sin embargo, no se pronuncia la norma penal sobre en qué consiste la supervisión de los modelos y quién ha de considerarse el competente en tal tarea. La decisión de la persona jurídica, en materia de supervisión, parece limitarse a la encomienda de funciones inspectoras o monitoreo del cumplimiento de los modelos a un encargado con libertad de iniciativa y control.

A la supervisión se le añaden dos actividades más, la vigilancia y el control. Esta conclusión se extrae de la lectura del artículo 31 *bis* apartado 1 b) del Código Penal, donde se incluye al órgano supervisor como sujeto transmisor de responsabilidad penal «[...] por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control [...]». Por tanto, las esenciales funciones de gestión del *Compliance* radican en la supervisión, vigilancia y control del cumplimiento de los modelos implantados en la persona jurídica.

Para que el oficial de cumplimiento lleve a cabo sus tareas, resulta necesario aclarar las situaciones que pueden darse: *i)* organización que carezca de los modelos de prevención y, por ello, demanden a un oficial de cumplimiento que la asista en el diseño, elaboración e implantación; *ii)* organización que ha encargado el diseño, elaboración e implantación del modelo a otro profesional, el cual no se va a encargar de la supervisión, vigilancia y control; *iii)* la persona jurídica ha sido la que ha diseñado, elaborado e implantado el modelo y demanda a un profesional para que realice la actividad de gestión.

En la primera variable, como se ha ido señalando, el *Compliance Officer* podrá colaborar con el diseño, elaboración e implantación del sistema de gestión penal, jugando un papel fundamental el órgano de administración de la persona jurídica, ya que, sin una voluntad decisiva de esta última, resultará imposible una cultura de cumplimiento (SILVA SÁNCHEZ, 2016, 683). El segundo y tercer planteamiento consiste en un modelo de prevención ejecutado por un sujeto distinto del que lo va a supervisar. En este caso, tal circunstancia debería de quedar aclarada en el contrato de *Compliance*, pues el profesional desarrollará su actividad sobre un programa ya elaborado.

En todas las situaciones anteriores, para la función de ejecución y supervisión se va a necesitar un elemento: la previa adopción de los modelos de prevención penal. Las acciones de ejecutar y supervisar no pueden ser desarrolladas sin el instrumento principal, los modelos de organización y gestión.

En cuanto a los atributos del órgano supervisor, la norma penal exige que este disponga de poderes autónomos de iniciativa y control. La referencia profesada en el artículo 31 *bis* 2, condición 2.^a, del Código Penal viene a referirse a la autonomía en las decisiones de aquellas actuaciones necesarias para la supervisión del modelo preventivo (MONTANER, 2018, 32-33). Téngase en cuenta que para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones⁵⁴ no será necesaria la encomienda de la función de supervisión a ningún órgano autónomo, sino que tales actuaciones podrán ser desempeñadas por el órgano de administración.

Cuando el artículo 31 *bis* apartado 2, regla 2.^a, del Código Penal hace mención a la función de supervisión está concretando la actividad de inspección centrada en el órgano de administración, en toda la organización y en el sistema de prevención; actividad a desarrollar mediante la comprobación y verificación del nivel de cumplimiento de los modelos de organización y gestión implantados, así como

la verificación continua de los requisitos del artículo 31 *bis* apartado 5 del Código Penal. La actividad de supervisión engloba la vigilancia y control del cumplimiento efectivo de los modelos de prevención implantados. Estas se han de efectuar sobre el funcionamiento de las medidas preventivas (COLOMER HERNÁNDEZ, 2017, 2), comprobando y fiscalizando la efectividad de los controles contenidos en el sistema y de las medidas que se han ido adoptando, para posteriormente informar de los resultados a los restantes miembros del órgano de cumplimiento como a la administración (supervisar-detectar-informar) (NÚÑEZ MIRÓ, 2018, 51).

Aunque la norma señale la supervisión, vigilancia y control como funciones de cumplimiento, previo a estos y, una vez implantado el modelo, ha de existir una actividad preventiva: diseño de controles y mecanismos para la vigilancia, asesoramiento y formación. Tales actividades tienen como misión el evitar o aminorar que lo que era un foco de riesgo se termine consumando con el consiguiente perjuicio para la persona jurídica. Este pilar consiste en el adelantamiento o neutralización del riesgo.

Por último, señalar que el requisito 4.º del apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal, relativo a las condiciones que deben cumplir los modelos de prevención, deja entrever otra función de actividad: informar de los riesgos e incumplimientos. Resulta necesario que, ante un riesgo o incumplimiento, el órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo lo comunique a la persona jurídica, para que esta tome las decisiones que le correspondan.

En resumen, de la interpretación del artículo 31 *bis* del Código Penal se extrae que la labor de gestión del *Compliance Officer* se centra en tres categorías generales: *i*) una actividad de continua prevención del riesgo; *ii*) la supervisión, vigilancia y control; *iii*) información y reporte. Otras actividades como el diseño, elaboración e implantación de los programas de cumplimiento, carentes de referencia expresa en la norma penal, pero implícitas; y de naturaleza jurídico-privada distinta a la actividad de gestión, se deja para posteriores estudios.

Así, una vez adoptado el acuerdo de implantación de los modelos, diseñado e instaurado el sistema de prevención, se deberá de nombrar al órgano supervisor (actuando, en su caso, quien tenga las funciones atribuidas legalmente), y este, en estrecha colaboración con la persona jurídica, desempeñará las tareas siguientes: a) establecimiento de continuas medidas de prevención, mediante el diseño de controles y mecanismos de vigilancia, prestación de asesoramiento y formación constante; b) supervisión y monitoreo del correcto funcionamiento y cumplimiento del sistema, controlándose y revisándose que el sistema mantiene los requisitos exigidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal; c) post-supervisión, consistente en la obtención de la información derivada de las acciones anteriores, reportándose al órgano decisor de la persona jurídica aquella relevante, para que este adopte lo oportuno⁵⁵.

B) Circular 1/2016 FGE

La Circular poco aclara sobre las funciones del órgano de cumplimiento, aparte de lo ya dispuesto en la norma penal. De la lectura se destacan dos elementos: las funciones propias del órgano de cumplimiento, y el esbozo de un estatuto básico que garantice el cumplimiento eficaz de las primeras.

Los deberes de supervisión, vigilancia y control quedan atribuidos a los representantes legales y a aquellos autorizados para la toma de decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostenten facultades de organización y control

[art. 31 bis apdo. 1 a)], incluyéndose al oficial de cumplimiento. Esta previsión no delimita las competencias funcionales de cada uno de los sujetos a los que se le atribuyen los anteriores deberes.

Se advierte en el texto que la norma penal no establece el contenido de las funciones de supervisión del *Compliance Officer*. Sin embargo, la FGE destaca: 1) la participación en la elaboración de los modelos preventivos; 2) el aseguramiento del buen funcionamiento de los anteriores, mediante el establecimiento de sistemas de auditoría, vigilancia y control, con objeto de verificar los requisitos predichos en el apartado 5 del artículo 31 bis.

Para que el oficial de cumplimiento pueda desempeñar eficazmente su cometido, la Circular añade que este ha de poseer conocimientos y experiencia profesional suficiente; disponer de unos adecuados medios técnicos, y habilitación para el acceso a los procesos internos y obtención de información. Además, se ha de conceder un régimen protector que evite cualquier injerencia o conflicto de intereses [«(...) que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible (...)»] estableciéndose en el modelo los mecanismos para la adecuada gestión de dichos conflictos.

C) Normas de estandarización

El sector profesional y las organizaciones recurren normalmente a las normas de estandarización para el diseño, implantación y gestión (supervisión, vigilancia y control) de los modelos de prevención a los que se refiere la norma penal. Ello es debido a dos motivos fundamentales: al vacío o somera regulación en el ordenamiento jurídico para afrontar con eficacia un sistema de cumplimiento; y a la necesidad de unificar criterios frente a la diversidad de prácticas (CASANOVAS YSLA, 2017, 19 y 33).

El recurso a estas reglas voluntarias se convierte en una práctica usual carente de *opinio iuris*, de la interiorización psicológica de efectos jurídicos. Así, estas podrían entenderse como usos derivados del tráfico profesional o de los negocios⁵⁶, por considerarse de forma unánime «un modo normal de proceder» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 429) en el sector del *Compliance*; cuya función se ciñe a la supletoriedad de la voluntad de las partes (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1975, 156-157). Si se considera a las normas de estandarización como usos profesionales o del tráfico, estas podrán suplir las lagunas del contrato, bien como fuente reguladora o normativa⁵⁷ [ex. art. 1258 CC (función normativa o reguladora)], o bien en interpretación de las carencias del clausulado contractual [ex. art. 1287 CC (función interpretativa)] (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 432-434); (CASTÁN TOBENAS, 1949, 149); (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1975, 156-157); (DE CUEVILLAS MATOZZI, *et al*, 2016, 57).

Las normas de estandarización derivan de la unificación de criterios, son de carácter técnico y voluntario, y pueden desarrollarse en tres ámbitos territoriales: nacional, internacional y europeo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 220). En el sector del *Compliance*, estas normas desempeñan una importante función: orientar con una mínima calidad al sector empresarial en lo concerniente a los sistemas de gestión penal⁵⁸.

El sector usualmente recurre para el diseño e implementación de los modelos de organización y gestión (o sistemas de gestión penal) a los que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal a la ISO 19600:2014 (traspuesta a España mediante la UNE-ISO 19600:2015), primer estándar internacional sobre *Compliance*; a la

UNE 19601:2017; y a la UNE-ISO 37001: 2016. Además de las anteriores, otros estándares sectoriales pueden ser objeto de orientación por parte de las organizaciones, pues dependerá de la actividad en la que se enmarque la persona jurídica⁵⁹.

El origen de la ISO 19600:2014 se encuentra en los estándares australianos (normalizado por *Australian Standards*) sobre programas de *Compliance*, donde se recogen las directrices para implantar, mantener y mejorar los sistemas de gestión penal. España publicó la norma en abril de 2015 (UNE-ISO 19600:2015), cuyo contenido es idéntico al precedente australiano. Actualmente, este estándar está siendo revisado, previéndose su conclusión para finales de 2020. En breve, el sector podrá contar con la ISO 37301:2020 «*Compliance management systems-Requirements with guidance for use*»⁶⁰, reemplazándose a la vigente ISO 19600:2014.

Mediante la ISO 37001:2016 se pretende establecer un sistema preventivo de prácticas que puedan considerarse como «soborno»⁶¹, conforme a la legislación de cada Estado. El citado estándar queda configurado como una ayuda a las organizaciones para que puedan establecer, implementar, mantener y mejorar su programa preventivo (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 33). Resulta de relevancia por su contenido al enfocarse hacia la prevención del soborno. Sin embargo, aunque se centre principalmente en este tipo de conductas, su alcance puede ser ampliado a otras actividades relacionadas con la corrupción: derecho de la competencia; cohecho; fraudes; cárteles; delitos contra el mercado, etc.

Para completar el campo de estudio, la UNE 19601:2017 tiene como cometido exhibir el contenido requerido para que un sistema de gestión de *Compliance* sea considerado efectivo para prevenir la comisión delictiva en las organizaciones.

De las normas de estandarización antes aludidas hemos de tener en cuenta aquellos aspectos que aborden las funciones y actividades concretas del oficial del cumplimiento que radiquen en la actividad de gestión.

a) La UNE-ISO 19600:2015 y el proyecto ISO 37301:2020

El objeto y campo de aplicación de la norma se fundamenta en: *i*) orientar a las organizaciones para: establecer, desarrollar e implementar un sistema de gestión; *ii*) mantenerlo, evaluarlo y mejorarlo; *iii*) la generación de respuesta por la organización, basándose en los principios de «buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad»⁶².

La ISO 19600:2015 tiene como objetivo ayudar a las organizaciones a implementar los sistemas de gestión (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 57), mediante el establecimiento de orientaciones para la implantación del sistema (GUTIÉRREZ PÉREZ, 2015, 5). Otros consideran que constituye una herramienta puesta a disposición de las organizaciones para, si lo desean, seguir una serie de prácticas a la hora de «identificar y gestionar los riesgos derivados de posibles incumplimientos de las obligaciones de *Compliance*» (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 226).

La norma hace un recorrido por las responsabilidades y competencias de los diversos niveles de la organización: el órgano de gobierno y alta dirección (apdo. 5.3.3); la función de *Compliance* (apdo. 5.3.4); los directivos y empleados (apdo. 5.3.5 y 5.3.6).

El objeto de interés⁶³ se ha de centrar en el órgano de cumplimiento⁶⁴. Este, señala la UNE-ISO, puede identificarse con una persona responsable en la gestión de *Compliance* (día a día) o grupo multifuncional (comité), externo o interno (apdo. 5.3.2), garante de la eficacia del sistema de gestión (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 70) y que trabaje conjuntamente con la dirección (apdo. 5.3.4).

Las responsabilidades de la función de *Compliance*⁶⁵ vienen expuestas en el apdo. 5.3.4. Estas pueden clasificarse en tres categorías generales comunes⁶⁶: *i*) relativas a la prevención del riesgo; *ii*) a la supervisión, vigilancia y control; y *iii*) a la información y reporte. Las funciones recogidas en la UNE-ISO 19600:2015 se han proyectado en la UNE 19601:2017, por lo que comparten determinadas funciones.

Las más destacables hacen referencia a: la identificación, evaluación y gestión del riesgo (*i*); relativas al diseño de controles (*ii*): la necesidad de establecer un marco de responsabilidades de *Compliance* (obligaciones); la integración de las obligaciones en las políticas, procedimientos y procesos existentes; el diseño de mecanismos de información, documentación, y de procesos para su gestión. En cuanto al asesoramiento y formación (*iii*), la norma impone el aseguramiento de formación continua a los miembros que componen la organización y asesoramiento profesional objetivo.

Sin embargo, el eje central del estándar lo configura las funciones de supervisión, vigilancia y control. El órgano de cumplimiento ha de establecer unos indicadores, para posteriormente medirlos y controlar el nivel de cumplimiento. Así, se pretende que la función de *Compliance* realice una evaluación y seguimiento del sistema de gestión penal, para posteriormente finalizar informando y reportando la información al órgano de toma de decisiones de la persona jurídica. Esta será la competente en llevar a cabo las acciones correctoras y mejora continua del sistema (apdo. 10.2).

El seguimiento de estos modelos es un proceso encaminado a la recogida de evidencias e información para determinar si el sistema es eficaz. Cuando se habla de supervisión, por parte del órgano de *Compliance*, el estándar se refiere al monitorizado continuo de los modelos y eficacia de todos los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 *bis* del Código Penal. Según esta norma, la persona jurídica ha de estar «correcta y puntualmente» informada del desarrollo del sistema de *Compliance*, tanto de su adecuación, como de los incumplimientos relevantes que se hayan detectado. Esto se desempeñará de forma continua mediante la elaboración de informes periódicos que se pondrán en manos de la dirección con objeto de que esta revise y adopte las decisiones oportunas, mejore y actualice el sistema con base en la función de supervisión previamente realizada por el profesional. El profesional, mediante el uso de una determinada metodología y herramientas, planificación de tareas y acciones, deberá de identificar y documentar los incumplimientos o no conformidad con respecto al sistema de gestión de *Compliance*.

La persona jurídica debe establecer cuáles son los aspectos que van a ser medidos para conocer la eficacia del sistema, quién se va a encargar de hacerlo, mediante qué método o herramientas, el periodo, etc. La información que se recoge de dicho proceso de supervisión, se ha de analizar y evaluar para identificar los incumplimientos, si los hubiere, o si el sistema es adecuado con objeto de prevenir o aminorar el riesgo. El profesional debe completar la actividad de supervisión con la remisión de información al órgano de la persona jurídica para que este adopte cuantas decisiones sean necesarias en aras de mejorar el sistema. La función de supervisión ha de ser complementada con la realización de auditorías internas bien por el propio *Compliance Officer*, bien por una organización externa, con el objeto de verificar de forma periódica el grado de implementación y eficacia del sistema.

El *Compliance Officer*, una vez desempeñada la actividad de supervisión, debe de evaluar si el sistema es adecuado para la gestión eficaz de los riesgos penales e informar al órgano de la persona jurídica, para que tome las decisiones necesarias

para mantenerlo adecuado; mejorándose y actualizándose periódicamente. La persona jurídica con la información obtenida del profesional, procederá a llevar a cabo aquellas decisiones necesarias para mantener actualizado el sistema, función indelegable de la primera, pero que admite la colaboración del oficial de cumplimiento.

La proyectada ISO 37301:2020 detalla los requisitos y proporciona la orientación adecuada, a modo de guía, para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento, mejorándose las previsiones establecidas en la ISO 19600:2014. Según se manifiesta, esta norma va a suponer la existencia de un estándar internacional de referencia certificable, adaptable a cualquier marco normativo.

b) ISO 37001:2016

La ISO 37001:2016 tiene como misión orientar a las organizaciones para establecer, implementar, mantener y mejorar un sistema de gestión para la prevención y detección del soborno en el seno de la organización, concediéndose respuestas al citado riesgo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 228) u otros relacionados con la corrupción.

En cuanto a la función de cumplimiento la norma presenta las características del órgano, la dotación de responsabilidad y autoridad para: 1) diseñar el sistema de gestión⁶⁷; 2) dar soporte al personal en la aplicación del sistema; 3) asegurar la conformidad del sistema con la norma; 4) supervisar el sistema, la implementación, verificándose que cumple con las finalidades; 5) evaluar si el sistema es adecuado y eficaz para gestionar el riesgo; 6) reporte de resultados periódicos. Además, se configuran como elementos clave la independencia⁶⁸ y la autonomía⁶⁹, que impida el conflicto de intereses, con la necesidad de dotar al órgano de recursos materiales, humanos y económicos para el desempeño eficaz de su cometido.

c) UNE 19601:2017

La UNE 19601:2017⁷⁰ tiene por objeto el establecimiento de una serie de directrices encaminadas a la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de *Compliance* en una organización (apdo. 1), mediante orientaciones encaminadas al establecimiento de un eficaz sistema de control y gestión, así como la gestión del riesgo (FERNÁNDEZ y ROMÁN GARCÍA, 2017, 230). La regla antedicha tiene como fundamento la creación de una verdadera cultura del cumplimiento, mediante la interiorización de la persona jurídica, con objeto de prevenir y detectar ilícitos penales. El citado estándar, en palabras de uno de sus máximos exponentes, D. José Manuel MAZA MARTÍN, contribuye a la fijación de un lenguaje común en materia de modelos de organización y gestión, complementario de las indicaciones del Código Penal⁷¹; dándose respuesta a la inquietud de homogenización y al «apetito de directrices a cerca del modo de gestionar» la compleja realidad del *Compliance* (CASANOVAS YSLA, 2017, 33).

La norma, en la definición que ofrece del órgano de cumplimiento, coincide con el artículo 31 *bis* apartado 2, 2.ª del Código Penal, destacándose su función esencial: la supervisión del funcionamiento y observancia del sistema de gestión penal⁷² (apdo. 3.21).

Las orientaciones de la UNE regulan minuciosamente las responsabilidades del órgano de *Compliance* penal (UNE 19601 apdo. 5.1.2), el cual ha de trabajar

conjuntamente con la dirección (lo que hace que sus tareas gocen de exclusividad). La enumeración realizada en el apdo. 5.1.2 puede dividirse en dos bloques: 1) funciones de *Compliance* propiamente dichas; y 2) características del órgano. A su vez, el primer bloque (funciones) comparte con las anteriores normas las tres funciones genéricas⁷³: *i*) prevención continua del riesgo; *ii*) supervisión, vigilancia y control; *iii*) información y reporte⁷⁴.

En la primera [*i*] prevención del riesgo] se incluyen cometidos que pretenden anticiparse a conductas que pudieran ser constitutivas de delito (apdo. 3.28). Así, en primer lugar, el órgano de cumplimiento ha de identificar y evaluar los eventuales riesgos a los que se podría enfrentar la organización. Posteriormente, se han de diseñar los controles o mecanismos que prevengan la comisión delictiva, evitando o reduciéndose el resultado (*v.gr.* códigos éticos, políticas internas, controles organizativos, controles sobre los procesos internos, etc.). La formación también tiene una función preventiva, pues el conocimiento por todos los miembros que componen una organización, de las políticas de prevención, de los riesgos penales que la persona jurídica podría incurrir o las medidas que se deben adoptar, hace que la prevención se convierta en un pilar fundamental del sistema.

La segunda (*ii.* supervisión, vigilancia y control) se considera como la principal función del órgano de cumplimiento, tanto por el artículo 31 *bis* del Código Penal (apdo. 2 2.^o) como por las normas de estandarización analizadas. Este elenco de funciones tienen por objeto la verificación del sistema de gestión penal implantado y que los controles establecidos son efectivos y capaces de mitigar el acaecimiento de riesgo delictivo. El órgano de cumplimiento deberá de realizar una evaluación continua del modelo, como consecuencia de la supervisión y, determinar que es adecuado para la gestión eficaz del riesgo y su eficaz implementación (apdo. 9.3). Una vez obtenido el conocimiento necesario derivado de las acciones de supervisión, vigilancia y control, debe ponerse en conocimiento de la organización (órgano de gobierno y alta dirección) la adecuación e implementación del sistema, incorporándose los datos y resultados de las investigaciones y auditorías realizadas (*iii.* información y reporte), así como las medidas o recomendaciones a acometer para que, en su caso, la organización adopte lo necesario.

En relación al segundo bloque (características), la UNE determina claramente el revestimiento de autoridad, independencia y evitación de conflictos de intereses del órgano de *Compliance*, ya que, al ser el máximo garante de la supervisión, vigilancia y control en la organización, debe dotársele de mecanismos (entre ellos recursos económicos, materiales y humanos) para su efectividad [apdo. 5.1.2 b) y c)]. Además, el citado órgano debe tener acceso directo e inmediato al órgano de gobierno, a la información relevante y ocupar una posición en la organización en la que pueda solicitar y recibir colaboración.

IV. OBJETO Y CONTENIDO CONTRACTUAL: PROPUESTA DE CLAUSULADO

1. OBJETO DEL CONTRATO DE *COMPLIANCE*

El objeto contractual avanza hacia aquella realidad material o jurídica sobre la que recae el contrato, con más complejidad que reducirlo a los bienes y servicios⁷⁵ (VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2001, 240) como se deduce de los artículos 1254 y 1271 del Código civil. La norma civil delimita el objeto del contrato

circunscribiéndolo a las cosas y servicios que responden a las necesidades de las partes (Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 31). Otros definen el objeto contractual a partir de la integración de tres elementos: como obligación constituida; contenido de la prestación (dar, hacer o no hacer); las cosas o servicios que son materia de las obligaciones de dar o de hacer (CASTÁN TOBEÑAS, 1951, 341). Sin embargo, este panorama no puede quedar limitado a las cosas o servicios, ya que existen otras naturalezas (v.gr. compra de una marca, dinero; propiedad intelectual; derechos de imagen, de autor, etc.).

El objeto del contrato de *Compliance* recae sobre una realidad jurídica compleja y variada, agravado por la carencia de una regulación específica; así las partes, al recurrir a su voluntad configuradora, podrán establecer objetos muy diversos (en términos generales, v.gr. el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización de gestión; el servicio de gestión de los modelos; con el contenido que cada una de ellas comporta), y en ocasiones, otros, que desnaturalicen la función de *Compliance* (v.gr. la adopción de medidas que correspondan a la persona jurídica).

La principal fuente configuradora del contrato reside en la libertad de los contratantes, lo que puede generar determinadas imprecisiones en el contenido de las estipulaciones acordadas. La ausencia de tratamiento normativo permite —con los límites ya apuntados (art. 1255 CC)— la disposición de cuantas cláusulas, pactos o condiciones se consideren necesarias para satisfacer los particulares intereses de las partes. Los sujetos contratantes disponen de las normas generales de las obligaciones y contratos para constituir, modificar o extinguir la relación jurídica de *Compliance*, adaptándose las reglas generales a sus particulares circunstancias y necesidades.

Para identificar el objeto del contrato de *Compliance* —entendido como las cosas y servicios a que el contrato se refiere (DÍEZ-PICAZO, 1972, 130)— se ha de examinar aquello que cada sujeto se compromete a ejecutar o materia social sobre la que recae el vínculo susceptible de valoración (CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, 2019, 65). A los efectos del presente estudio, sin embargo, seguimos el criterio de quienes identifican el objeto del contrato no con los bienes o servicios en sentido material, sino con las prestaciones concretas de los contratantes, de naturaleza de hacer, no hacer o en la relativa a la cesión de un derecho (LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 31). El *Compliance Officer* parece que su compromiso radica en un «hacer», en la ejecución de determinadas acciones relativas al cumplimiento.

Así, puede decirse que los genéricos intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar (DÍEZ-PICAZO, 1972, 134) se constituyen en dos: 1) el compromiso del *Compliance Officer* de ofrecer una actividad [la de gestión de *Compliance* (y el diseño, elaboración y colaboración en la implantación de los modelos de organización y gestión)]; y 2) la contraprestación a la que se obliga la persona jurídica. El profesional del cumplimiento con su prestación satisface los intereses del sujeto que lo demanda: la prevención; supervisión, vigilancia y control; información y reporte. Generalmente, el oficial de cumplimiento demandará una contraprestación pecuniaria por el desarrollo de su trabajo, conformando parte del objeto contractual⁷⁶.

Los compromisos del oficial de cumplimiento, que se extraen de las funciones del *Compliance Officer* (Vid. apdo. V. III y Cuadro 1), pueden ser englobados en el término «servicios»⁷⁷ y no de «cosas». La actividad de servicios de *Compliance* presenta un hacer, una actividad. Así, el profesional se compromete a un despliegue eficaz de su actividad⁷⁸ (PUIG PEÑA, 1946, 54), eminentemente intelectual,

a favor de la organización, en las tareas de: prevención; supervisión, vigilancia y control; e información y reporte.

Los requisitos del objeto contractual (*ex. arts. 1271, 1272 y 1273 CC*), licitud, posibilidad y determinación, han de quedar cumplidos como en cualquier otro contrato. La posibilidad resulta relevante en esta materia, ya que se deben dar unas condiciones mínimas para que el profesional pueda desarrollar lo comprometido.

La carencia de los modelos de organización y gestión, los cuales deben estar previamente adoptados en la persona jurídica, impide que el oficial de cumplimiento desarrolle la actividad de gestión, salvo que se obligue al diseño, elaboración e implantación. Si el *Compliance Officer* no es contratado para las acciones anteriores, la supervisión, vigilancia y control se ha de realizar sobre los modelos preventivos, de manera que, si estos no existen, el objeto contractual resultaría imposible.

La denegación o entorpecimiento del acceso a la información, y la carencia de recursos hacia la función de *Compliance*, constituye otro de los conflictos que recaen sobre la posibilidad del objeto contractual. Determinada información de la organización puede resultar de especial relevancia para el desempeño de las funciones de cumplimiento, pues fundamentalmente el *Compliance Officer* analiza información de la organización. Si el profesional no la obtiene, no podrá establecer los mecanismos de prevención del riesgo ni supervisar el funcionamiento del sistema ni reportar e informar a la persona jurídica, por lo que resultaría una imposibilidad absoluta a sus principales funciones. Asimismo, la ausencia de dotación de recursos (materiales, económicos y humanos) por parte de la organización al órgano de cumplimiento, conduce a una imposibilidad de llevar a cabo el cumplimiento y a la consiguiente ineficacia del sistema.

Las anteriores anotaciones requieren del análisis de cada caso concreto [imposibilidad originaria o sobrevenida; total o parcial; absoluta o relativa; dificultad extraordinaria (*Vid. DÍEZ-PICAZO, 1972, 138; VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2001, 241*)], ya que según las particularidades de estos obstáculos y dificultades, en el desarrollo normal de la función del *Compliance*, serán unas u otras las consecuencias jurídicas que se deriven [*v.gr. nulidad contractual, incumplimiento (total o parcial), etc.*].

2. ESTIPULACIONES DERIVADAS DEL FUNDAMENTO DEL *COMPLIANCE*

El oficial de cumplimiento normativo, junto con la persona jurídica, han de diseñar las reglas de conducta o comportamiento creadoras de sus concretos deberes y poderes, las cuales configurarán la ley del contrato. De la relación jurídica de *Compliance* nacen las conductas que van a satisfacer unos determinados intereses.

La persona jurídica demanda un determinado comportamiento con objeto de quedar eximida, o al menos, atenuada de una eventual condena. El oficial de cumplimiento ofrece una serie de servicios para la satisfacción de los intereses de la organización. Las partes libremente establecerán aquellos pactos, condiciones y estipulaciones que tengan por conveniente, sin más limitación que las que sean contrarias a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC). El clausulado al que las partes recurran ha de tener relación con el fundamento y naturaleza de la función de *Compliance*. Los acuerdos que desnaturalicen la función podrían repercutir en la forma de gestión de los modelos y, por consiguiente, devenir ineficaces.

De las funciones extraídas de las fuentes analizadas, puede esbozarse un mínimo clausulado contractual, atendiéndose a la naturaleza y fundamento de la función de *Compliance*. En el estudio se han identificado tres momentos por los que pasa la actividad de gestión de *Compliance* (i. prevención; ii. supervisión, vigilancia y control; e iii. información y reporte). Sobre estos tres bloques se ha de construir la estructura del clausulado contractual, añadiéndose a cada uno de ellos los concretos comportamientos del profesional y la persona jurídica.

A) *Relativas a la prevención del riesgo*

La prevención del riesgo debe considerarse como el eje central del *Compliance*. El profesional, con sus conocimientos, ha de crear las condiciones necesarias para la evitación de un resultado negativo o, una vez producido, aminorar las consecuencias sobre la organización. Para conseguir el objetivo, se ha de identificar y evaluar los riesgos a los que eventualmente puede exponerse la persona jurídica; diseñar controles que permitan la neutralización del riesgo; y, por último, asesorar y formar a toda la organización (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 62). Esto es, el establecimiento de una estructura preventiva, mediante el empleo de metodologías y herramientas apropiadas.

La acepción prevenir hace referencia a una actividad consistente en prever, conocer de antemano, anticiparse a, precaver, evitar, impedir algo. Es decir, el establecimiento de medidas para el caso de que ocurra un suceso negativo en el futuro. Esto convierte al oficial de cumplimiento en un sujeto que ha de emplear los medios a su alcance para evitar un acontecimiento futuro e incierto, sin comprometerse en la consecución de un resultado concreto. El profesional, con su hacer diligente y sus conocimientos, ha de actuar a fin de evitar que el riesgo de comisión delictiva acaezca y, en caso de producirse, aminorar sus consecuencias. De lo anterior, se extrae que la función preventiva presente los caracteres de una obligación de medios, ya que la conducta del profesional radica en una actividad —*facere* diligente— (crear los mecanismos idóneos para prevenir), independientemente del resultado que se obtenga⁷⁹ (CERVILLA GARZÓN, 2001, 96).

La actuación del oficial de cumplimiento normativo no puede garantizar que el riesgo no acaecerá, por la incertidumbre que el futuro comporta y la confluencia de pluralidad de factores en un hipotético resultado lesivo. El profesional, mediante su pericia, debe poner en marcha la estructura preventiva sin garantizar la erradicación de todo riesgo penal [«el riesgo cero absoluto no existe» (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 87)]. Por tanto, el clausulado contractual no debe encaminarse a la consecución de resultados como la exención o atenuación de la responsabilidad penal, la eficacia del sistema, la evitación del riesgo, etc. Sin embargo, pueden establecerse cláusulas que detallen la actividad y forma de identificación y evaluación del riesgo; los mecanismos de control; el asesoramiento y ámbito de la formación.

a) Identificar y evaluar el riesgo

El *Compliance Officer* puede comprometerse a estudiar la organización para identificar los riesgos penales a los que esta puede enfrentarse [UNE 19601 5.1.2 a) 8)]. La actividad consiste en detallar los acontecimientos o escenarios que hipotéticamente pueden ser un foco de riesgo penal. Esta labor es de suma importancia,

ya que un mínimo error en la identificación será conducido a posteriores fases (ante una incorrecta identificación, los controles no quedan bien establecidos).

Una vez identificados los riesgos a los que puede exponerse la persona jurídica, deben de analizarse y evaluarse [UNE 19601 5.1.2 a) 8)]. La evaluación conlleva la determinación de los concretos riesgos que asume la organización una vez aplicados los controles y medidas de prevención preexistentes en la organización (RAMOS BARSELÓ, 2017, 159).

La identificación y evaluación del riesgo al que se expone la persona jurídica constituyen básicas reglas de conducta del profesional. Esta actividad se considera esencial porque se cataloga como el primer eslabón de la cadena del proceso de gestión de *Compliance*. Sobre tales riesgos se han de diseñar los controles que, posteriormente, conformarán la base de la supervisión, vigilancia y control.

El oficial de cumplimiento se compromete a identificar y evaluar el riesgo, fruto de su intelecto [sin transmisión de propiedad, uso o derecho a la persona jurídica (entrega de una cosa *ex. art. 1088 CC*)], empleando toda diligencia o medios a su alcance para conseguir la primordial finalidad: prevenir el riesgo de comisión delictiva. Los conocimientos tanto técnicos, como del funcionamiento de la organización se consideran esenciales para el desempeño eficaz, ya que, como se ha indicado, un mínimo error en esta fase podrá arrastrarse a posteriores y traer consecuencias negativas para el acreedor.

b) Diseñar controles

El profesional debe contribuir a la definición de aquellos controles⁸⁰ que prevengan, eviten o mitiguen los riesgos (*v.gr.* políticas y procedimientos internos, control de los procesos, Código de Conducta o Código Ético, Canales de denuncia, monitorizaciones, etc.), independientemente de los preexistentes referidos en el epígrafe anterior. Estos controles pueden darse en diferentes momentos: *ex-ante* (función preventiva⁸¹) y *ex-post* (función de reacción o detección⁸²) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 82).

El diseño de los controles no debe ser una función exclusiva del *Compliance Officer*, sino que precisa de la colaboración de la persona jurídica; es más, en muchas ocasiones, es necesaria la aprobación por parte del órgano decisor de la organización (*v.gr.* el Código Ético y/o de Conducta; las políticas y procedimientos).

Los controles deben relacionarse con los riesgos previamente identificados y evaluados, estableciéndose las políticas, procedimientos (*v.gr.* de información y documentación⁸³) y procesos (*v.gr.* para la gestión de la información: reclamaciones, y/o comentarios recibidos de líneas directas, canal de denuncias u otros⁸⁴) que van a contener las pautas de actuación relacionadas con el riesgo.

En el contrato de *Compliance* ha de quedar suficientemente claro qué controles tiene que diseñar el profesional y el procedimiento de aprobación por la persona jurídica. El establecimiento de una cláusula genérica de «diseño de controles» puede hacer atribuible al obligado las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. Es decir, si el *Compliance Officer* se compromete al diseño de controles sin más, en caso de no preverse un determinado control para un concreto riesgo, puede hacer responsable al profesional. No resulta necesario que los controles a los que se compromete el profesional se acoten en el momento de la perfección contractual, puesto que se desconocen los riesgos y el estado de los controles previos. Es decir, hasta una vez concluida la fase de identificación, análisis y evaluación inicial del riesgo —momento en el que puede estar en

vigor el contrato— no pueden establecerse los controles. De ahí que, conforme va desarrollándose la labor profesional, el contrato pueda ir paulatinamente incorporando pactos relativos a los compromisos de *Compliance*.

La segunda opción la conformaría la integración de una cláusula genérica de diseño de controles, según los conocimientos y experiencia del oficial de cumplimiento. En este supuesto, habría que analizar las evidencias que arroja la fase de identificación y evaluación del riesgo, para posteriormente, y conforme a la pericia profesional, establecer los controles que se requieren. La generalidad de un pacto como el señalado podría abocar a la necesaria interpretación (*ex. arts. 1281 sigs. CC*) (necesidad de aclarar qué controles ha de diseñar el *Compliance Officer*). Sin embargo, una posible solución sería el añadido de la referencia al «diseño de controles conforme a la pericia profesional». Esta previsión dejaría parte del contenido contractual a criterio de una de las partes, al igual que puede ocurrir en la mayoría de las profesiones liberales (v.gr. una determinada actuación procesal exigible por la pericia de la abogacía o el tratamiento médico según el estado de la ciencia), donde no se suelen detallar aquellos compromisos que van de suyo en el ámbito profesional.

c) Asesorar y formar

a') Asesoramiento

En este apartado se va a estudiar la prestación de asesoramiento por la función de cumplimiento. El asesoramiento constituye un elemento esencial en la prestación de servicios de *Compliance*, que se extiende a toda la vida del vínculo. La labor de consejo e información ha de prestarse principalmente al órgano de administración y a la alta dirección, con objeto de que tomen conocimiento del riesgo y adopten las decisiones y medidas que correspondan⁸⁵ (MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ *et al*, 2018, 59).

Las normas de estandarización establecen tres compromisos esenciales de la función de asesoramiento: *i*) la puesta en marcha de mecanismos de información y documentación; *ii*) dar soporte al personal en aplicación del sistema; y *iii*) asegurar el acceso a un asesoramiento adecuado y objetivo sobre *Compliance*. El último supuesto, al abogar por un asesoramiento adecuado y objetivo, deja entrever que el prestado por el oficial de cumplimiento no ha de ser único y exclusivo. Habría que analizar el ámbito objetivo sobre el que se precisa consejo, pues el profesional no conoce con detalle todos los ámbitos de la organización (finanzas, contabilidad, transacciones comerciales internacionales, riesgos laborales, mercado de valores, etc.). El órgano de cumplimiento podrá asesorar e informar sobre la base de aquellos conocimientos propios de su función, sobre aquello que conozca por su formación o experiencia. De ahí que la cláusula relativa al asesoramiento deba delimitar el contenido de este, ya que el objetivo es la proporción de un asesoramiento profesional adaptado a las circunstancias y ámbito de actividad de la persona jurídica.

La recomendación puede constituirse bien como una obligación principal del contrato de *Compliance*, o bien configurarse como deber accesorio, conforme al contenido de la obligación, los usos y la buena fe⁸⁶ (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 449). La persona jurídica, cuando demanda los servicios de cumplimiento, puede hacerlo por no disponer ninguno de sus integrantes de los debidos conocimientos en la materia. De ahí la esencialidad de suministrar consejo y que se abogue por considerarla una de las prestaciones principales.

El profesional queda obligado al asesoramiento diligente de la disciplina en la que es experto, sin comprometerse a un concreto resultado, salvo que se espere un informe o determinados datos. La opinión sustentada en los conocimientos, suministrada verbalmente o por escrito (informes), no garantiza un resultado en orden a la producción del riesgo, sino que, partiendo de la información suministrada por el *Compliance*, se han de utilizar todos los medios y conocimientos para evitarlo.

b') Formación

La formación conforma otro de los ejes fundamentales del modelo de organización y gestión. De hecho, algunos consideran que un modelo de prevención sin previsión de formación ha de ser considerado como defectuoso (MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ *et al*, 2018, 49). Así, para crear y mantener una cultura del cumplimiento resulta imprescindible la formación.

Todos los miembros de la persona jurídica deben conocer la relevancia del cumplimiento normativo y las eventuales situaciones generadoras de riesgo, para posteriormente conocer por qué y cómo han de actuar.

Estos compromisos pueden ser atribuibles a la función de *Compliance* [apdo. 5.1.2 a) 2) UNE 19601 y apdo. c) UNE-ISO 19600:2015], si bien pueden ser desempeñados por otros departamentos de la organización (*v.gr.* el de formación) o mediante la externalización, lo que denota la fungibilidad de la obligación. Sin embargo, el conocimiento de las políticas, procedimientos y controles por parte del oficial de cumplimiento, lo convierten como perfil idóneo para la formación.

El riesgo y la forma de su prevención ha de conocerse detalladamente por toda la organización, ya que ante una situación potencialmente delictiva, la aplicación de las medidas y cautelas conocidas, garantiza el buen funcionamiento del sistema. La ausencia de formación puede conllevar a una exposición más probable al riesgo. La carencia de conocimientos (en cumplimiento) de las personas físicas de la organización facilita la transferencia del riesgo hacia la persona jurídica, ya que si las primeras no son formadas, difícilmente identificarán el riesgo y adoptarán las medidas correctoras para su prevención⁸⁷.

A pesar de lo anterior, el compromiso formativo en el contrato de *Compliance* resulta accesorio. Ello es debido a las distintas formas de prestación: mediante el órgano de cumplimiento; otro órgano interno de la persona jurídica; la externalización de la función, etc. La obligación de formar complementa al resto de estipulaciones del contrato, pues no desnaturaliza la función de *Compliance* que no se inserte entre los compromisos la formación, a pesar de ser fundamental para un sistema eficaz. Lo único relevante es la necesaria existencia de un plan formativo, independientemente de quien asuma el compromiso de su elaboración y ejecución.

En caso de que la formación sea atribuida al oficial de cumplimiento normativo, se ha de incluir en el contrato especificaciones como: qué formación se va a impartir; medios disponibles, cómo se va a realizar y qué información de la persona jurídica se desea revelar.

B) Referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos

La supervisión se considera como la función esencial del órgano de cumplimiento (*ex. art. 31 bis CP*). El *Compliance Officer* se obliga a verificar que los

controles establecidos cumplan su función preventiva. Es decir, la actividad a desarrollar por el prestador radica en la comprobación y aseguramiento de que los controles, procesos y procedimientos implantados funcionan con eficacia (supervisión del correcto funcionamiento del sistema) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 109).

La vigilancia en materia de *Compliance*, hace referencia a la puesta en marcha de controles del sistema implantado, monitorizando el riesgo e inspeccionando el funcionamiento de las medidas preventivas implantadas. Se está ante una verificación continua del cumplimiento del sistema. El objeto de la vigilancia es la detección de cualquier riesgo de incumplimiento y la previsión de una serie de mecanismos preventivos en caso de darse tal inobservancia. Estamos ante un proceso continuo de investigación del cumplimiento del sistema, donde se ha de comprobar y verificar que existe un funcionamiento eficaz y que responde a las demandas y necesidades de erradicación o neutralización de cualquier incumplimiento que conlleve un riesgo penal.

Para desarrollar correctamente el deber de supervisión, el *Compliance Officer* ha de contar con un plan de acción o plan de monitorización aprobado por la organización. Este constituye un documento esencial, puesto que define y documenta las tareas de supervisión (vigilancia y control) que debe llevar a cabo el profesional (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 110).

El *Compliance Officer* como supervisor que es, debe hacer un seguimiento y evaluación continua del sistema de gestión penal, mediante un método de monitorización, identificando expresamente eventuales incumplimientos y debilidades del modelo de organización y gestión implantado. El profesional ha de realizar una actividad de seguimiento del modelo, entendido como proceso de recogida de información, a través de diversas fuentes (*v.gr.* Canal de denuncias⁸⁸, indicadores de riesgo, reclamaciones de clientes, etc.) con objeto de permitir la evaluación de la eficacia del sistema, corrigiéndose y adaptándose los controles cuando sea preciso. Una vez obtenida la información, esta se ha de analizar, para posteriormente evaluar. La evaluación tiene como misión la identificación del origen del riesgo y las adecuadas acciones que se han de llevar a cabo para su erradicación o aminoración.

En el supuesto que se estudia, el compromiso del deudor se circunscribe a una variedad de prestaciones (entre otras, supervisar y verificar el sistema; impulsar la implementación y eficacia; establecer indicadores; asegurar la conformidad del sistema; evaluar si el sistema es adecuado y eficaz) consistentes en el desarrollo de una actividad intelectual, distinta a la entrega de una cosa (art. 1098 CC) (CASTÁN TOBEÑAS, 1969, 84), por una misma persona o deudor y en favor de un mismo acreedor (obligación colectiva) (DÍEZ-PICAZO, 1972, 505). Esta pluralidad de prestaciones forman un todo y, solo con el cumplimiento de todas ellas, se cumpliría la prestación (ESPÍN CÁNOVAS, 1954, 90). Todas estas obligaciones se encuentran en un mismo plano y tienen la misma importancia desde el prisma de la satisfacción del acreedor (son, pues, cumulativas).

El problema estriba en decidir si cada una de las prestaciones, que componen una obligación colectiva, puede ser objeto de cumplimiento y exigibilidad separada. Para ello, habría que atender a la voluntad de las partes y a la función del negocio (DÍEZ-PICAZO, 1972, 505). Resultaría compleja la individualización de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control, puesto que unas precisan de las otras y el interés del acreedor solo queda satisfecho con el cumplimiento del conjunto de prestaciones. Sin embargo, el *Compliance Officer* podrá recurrir a colaboradores que desarrollen o gestionen puntualmente parte de ellas (*v.gr.* la

gestión del Canal de denuncias o de otros medios de obtención de información), pero después será el profesional el que incorpore esas prestaciones a su trabajo. El deudor que se compromete con la persona jurídica a prestar los servicios de supervisión, vigilancia y control, lo hace como un todo y, como si se tratase de una relación *intuitus personae*. La organización cuando demanda los servicios de *Compliance*, personificados en un determinado profesional, pretende que la persona deudora de la actividad, no pueda ser sustituida por otra. El rasgo caracterizador del ámbito subjetivo de una relación de *Compliance* son las cualidades profesionales del deudor; entendiéndose que la personalidad de este forma parte de la obligación (ex. art. 1161, para la naturaleza de obra el art. 1595 CC).

Dentro de este bloque de funciones, el oficial de cumplimiento normativo debe revisar la evaluación de los riesgos, es decir, una vez que se ha obtenido información sobre los riesgos y determinado su alcance, mediante auditorías periódicas, se tiene que comprobar que el sistema funciona de forma eficaz y previene el riesgo. La colaboración de la persona jurídica resultará esencial, ya que el flujo de información ha de ser constante y veraz entre el órgano de administración y el de cumplimiento, para que el sistema se encuentre actualizado. De nada sirve que el *Compliance Officer* revise el modelo, reportándose la información al órgano decisor y este no acometa lo necesario para su actualización. El proceso de cumplimiento quedaría paralizado en su último estadio, aumentando la probabilidad de acaecimiento del riesgo. La acción de revisión del sistema se caracteriza por ser una obligación de hacer, una actividad positiva continua que ha de prestar el oficial de cumplimiento con la sinergia de la administración, sin compromiso de resultado alguno. El profesional revisa, pero no puede obligarse a obtener un resultado cierto como producto de la revisión, puesto que la voluntad de decisión corresponde a la persona jurídica.

C) Información y reporte a la dirección

La obligación de información deriva del fundamento del *Compliance* y de la buena fe⁸⁹. Algunos autores la han considerado como uno de los pilares del órgano de cumplimiento, además de la prevención y la supervisión (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 133). Lo cierto es que la esencia de un eficaz sistema de prevención radica en la información y su reporte a la organización para que acometa las decisiones relativas al cumplimiento.

La persona jurídica ha de estar puntualmente informada de las actividades, estado de los riesgos e incidencias en la aplicación del sistema de prevención [UNE 19601 5.1.2 a) 11)], normalmente mediante informes periódicos o a través de la participación en los órganos existentes en la organización. La relevancia se presenta en que el órgano de gobierno pueda acometer sus decisiones a la vista de los resultados obtenidos por la aplicación del sistema (reporte de resultados por el oficial de cumplimiento). Así, se podrá conocer cuáles son los puntos débiles del sistema, dónde existe un riesgo de incumplimiento y qué hay que mejorar; obteniéndose una actualización continua de los modelos (art. 31 bis apdo. 5 4.^a y 6.^a CP).

3. ESTIPULACIÓN ORIGINARIA DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA: PAGO DEL PRECIO

El precio conforma la contraprestación que va a recibir el oficial de cumplimiento normativo por el trabajo desempeñado, normalmente en dinero,

prestación pecuniaria u otra que lo represente⁹⁰. El pago del precio⁹¹ se circunscribe a aquella conducta que ha de realizar la persona jurídica como consecuencia de recibir un servicio esencialmente intelectual. En el ámbito profesional, la onerosidad se relaciona con la profesionalidad⁹², pues el compromiso a realizar una determinada actividad (profesional) suele llevar aparejado una contraprestación con la que el acreedor gana su sustento (CERVILLA GARZÓN, 2001, 161).

El precio, al configurarse como objeto del contrato, ha de reunir los requisitos del artículo 1261 del Código civil. De entre ellos, resulta interesante destacar la determinación. El contrato puede incorporar un precio cierto en el momento de la contratación o las reglas que lo harán determinable *a posteriori*⁹³ (ex. artículo 1273 CC). La primera no presenta dificultad añadida, al conocer las partes la cantidad y forma de la contraprestación. Los criterios de determinación del precio pueden responder a varios elementos, entre otros, la complejidad y el tiempo de dedicación del *Compliance* a su cometido. Por el contrario, si el precio no está determinado o resulta indeterminable⁹⁴, la consecuencia radica en la ausencia de crédito (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF 1933, 25) o nulidad por carencia de elemento esencial⁹⁵ (objeto).

En condiciones normales, el profesional del cumplimiento normativo no podrá determinar el precio concreto de su actividad *ex ante* a la prestación del servicio, en cuanto que dependerá de una pluralidad de factores que pueden variar y que, en ocasiones, no pueden ser previstos antes de la perfección contractual. Las concretas particularidades de la persona jurídica, su complejidad y la necesidad de un estudio previo del riesgo conducen a que el oficial de cumplimiento normativo no disponga de información suficiente para configurar su retribución, que quedará condicionada en gran medida al tiempo de dedicación, la necesidad de conocimientos extras o la complejidad (de la persona jurídica, de la variedad de los riesgos, del sistema de gestión, etc.).

La forma de cumplimiento del pago puede representarse mediante retribución periódica o continuada, por servicio encargado o por tiempo empleado en su labor. La elección dependerá de los intereses a satisfacer por parte de cada una de las partes. En consecuencia, aunque la actividad de gestión de *Compliance* se caracterice por la continuidad de la actividad en el tiempo, y no venga dada por un puntual compromiso, los sujetos, revestidos por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar la forma que consideren más conveniente.

4. ESTIPULACIONES FUNDADAS EN LA RELACIÓN DE CONFIANZA Y BUENA FE

La confianza e integridad subyace como fundamento de la profesión del *Compliance Officer*. La persona jurídica deposita la confianza en el profesional, como experto que es, generándole seguridad y expectativa en la satisfacción de sus intereses derivada de la que se espera una prestación diligente. Es decir, cuando una organización demanda a un profesional del cumplimiento normativo, está confiándole parte de sus valiosos intereses (económicos, financieros, sociales, reputacionales, comerciales, etc.), con la incertidumbre de obtener eventuales consecuencias negativas derivadas de una aplicación eficaz del sistema de prevención penal.

Por otro lado, determinadas obligaciones como la de informar derivan de la buena fe ex. artículo 1258 del Código civil (LLOBET I AGUADO, 1996, 13-15). Como se ha recordado a lo largo de este trabajo, el contrato obliga no solo a las

estipulaciones expresas, sino también a aquellas que derivan de la buena fe, el uso y la ley. Los contratantes quedan vinculados por estos parámetros normativos, aun cuando no se hayan pactado expresamente. Sin embargo, las partes pueden normativizar y recoger, mediante el clausulado contractual, aquellas que se fundan en la buena fe, el uso del tráfico y la ley⁹⁶.

A) *Deber de información y facilitación de acceso*

La información supone un deber recíproco en la relación de *Compliance*. La persona jurídica ha de suministrar al profesional toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, permitiéndole el acceso a la información relevante y, a su vez, el profesional deberá ofrecerla durante toda la vida contractual.

El recíproco deber de información se trata de una conducta originaria de la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones principales. La diligencia del profesional y del ordenado empresario, en este aspecto, radica en suministrar y facilitar el acceso a la información relevante, necesaria para dar satisfacción a los intereses de las partes. La omisión de este deber por cualquiera de las partes puede traer como consecuencia la ineficacia del sistema de prevención, de ahí que se configure como una estipulación esencial derivada, además de la buena fe, del fundamento de la relación de *Compliance*⁹⁷.

Como consecuencia de la buena fe, la información se constituye como obligación esencial que ha de incluirse como contenido contractual, presente durante toda la relación jurídica. La naturaleza de la relación de *Compliance* hace que exista expresa o tácitamente la obligación de informar y, en caso de no preverse, queda salvado por el principio de buena fe *ex. artículo 1258 del Código civil*.

B) *Colaboración mutua y dotación de recursos*

La obligación de colaboración entre la persona jurídica y el oficial de cumplimiento resulta imprescindible para el mantenimiento de un sistema preventivo eficaz. Este compromiso se sustenta en la relación de confianza y buena fe, no precisándose de expresa regulación contractual, pues de la naturaleza del contrato y de la función de *Compliance* quedaría integrada en el contenido exigible.

La obligación de colaboración tiene un marcado carácter de reciprocidad. La organización y sus integrantes deben de colaborar con el *Compliance Officer* suministrándole lo necesario para el desarrollo correcto de sus funciones. Del mismo modo, el profesional ha de mantener una estrecha colaboración con toda la organización para que se cumpla el modelo de organización y gestión y se produzca una mejora continua.

Las normas de estandarización presentan mecanismos que denotan la necesidad de colaboración mutua: dotación de mecanismos para la efectividad del sistema de cumplimiento (apdo. 7.1 UNE-ISO 19600:2015 y 7.2 UNE 19601:2017); comunicación (apdo. 7.4 UNE-ISO 19600:2015 y 7.5 UNE 19601:2017); suficiencia de recursos [5.1.2 c) UNE 19601:2017]; acceso directo e inmediato al órgano de gobierno [5.1.2 d) UNE 19601:2017]; ocupar una posición en la organización que le acredite para solicitar y recibir colaboración [5.1.2 e) UNE 19601:2017].

C) *Autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses*

Para el desarrollo correcto de una eficaz cultura del cumplimiento, el *Compliance Officer* ha de tener derecho y deber de preservación de su independencia frente a todo tipo de injerencias y autonomía en el desarrollo de sus funciones. La norma penal se refiere a la autonomía (art. 31 *bis* apdo. 2 2.^a CP) y, por otro, la FGE y las normas de estandarización se refieren tanto a la autonomía como a la independencia. La norma penal configura al órgano de cumplimiento como aquel que ha de disponer de poderes que le permitan tomar decisiones autónomas sobre el control y gestión del *Compliance*, precisando de recursos materiales, humanos y económicos que la garanticen (en concordancia con el apdo. 7.1 UNE-ISO 19600:2015 y 7.2 UNE 19601:2017).

La FGE destaca la cualidad de plena independencia del órgano de *Compliance* («se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible»), argumentándose que el órgano de administración también conforma el objeto de la vigilancia, lo que puede facilitar la dirección interesada del primero. De ahí que la independencia constituya una nota definitoria en el profesional. Sin embargo, la consecución de una total independencia resulta compleja, por el origen de la retribución de los servicios, principal interés del profesional. Distinta es la independencia técnica, esta no quedaría afectada porque la organización demanda unos conocimientos, unas técnicas de las que no dispone, lo que hace compleja la injerencia en su labor.

En el desarrollo de la actividad de *Compliance*, el profesional ha de mantener inalterada su libertad de criterio respecto a la aplicación de sus conocimientos, organización de trabajo, cumplimiento del sistema, aplicación de políticas y procedimientos. Un órgano de cumplimiento independiente es garantía de eficacia del sistema de cumplimiento, ya que la ausencia de injerencias, intromisiones y dirección del empleador permitirá el ágil afloramiento de incumplimientos y la aplicación de las medidas correctoras o sancionadoras previstas.

En principio, en el ámbito profesional, la independencia técnica parece respetarse (CERVILLA GARZÓN, 2001, 33-34), pero cuando la relación va más allá de lo técnico, como es la de *Compliance*, pueden surgir importantes intromisiones, presiones o compromisos interesados. Y es que el *Compliance Officer* fiscaliza a toda la organización y, no lo hace sobre cualquier objeto, sino sobre incumplimientos que pueden llevar a medidas de carácter penal. Ante esta situación, la FGE apuesta por la previsión de la eliminación de cualquier conflicto de intereses, debiéndose de garantizar la separación entre el órgano de administración y el órgano de cumplimiento.

En el conflicto de intereses existe confrontación entre las obligaciones que ostenta el profesional para con la persona jurídica, cuando tales obligaciones le impongan actuaciones contradictorias, hablándose de «conflicto de obligaciones» (SÁNCHEZ STEWART, 2013, 435). Así, comporta cierta duda si el *Compliance Officer* se encuentra obligado a denunciar los delitos cometidos por su cliente⁹⁸.

Las soluciones para garantizar un marco de independencia, autonomía y evitación de conflictos pueden partir del contrato, mientras no se dote a la figura de otros instrumentos. Resulta, de este modo, recomendable: 1) establecer como obligación de la persona jurídica y sus miembros la no injerencia contra la autonomía e independencia del órgano de cumplimiento, debiéndose de garantizar por la organización el desempeño autónomo de las funciones; 2) determinar un marco situacional de conflictos de intereses de las partes y los mecanismos para dirimirlos (v.gr. régimen de incompatibilidades; prohibiciones de determinados

actos como contratar; la abstención, la recusación; la exclusividad; la renuncia, etc.); 3) establecer un específico marco jurídico que regule las consecuencias jurídicas del incumplimiento (v.gr. resolución por incumplimiento; pago de indemnizaciones).

Las consecuencias jurídicas pueden recogerse en el contrato o, en caso de no haberse previsto, acudir a las normas civiles. Así, el artículo 1124 del Código civil cobraría especial relevancia ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato, con especial relevancia de aquellos que supongan la injerencia en la independencia y autonomía del *Compliance Officer*.

VII. NATURALEZA CONTRACTUAL: ¿ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS?

La resolución del planteamiento que encabeza este epígrafe resulta un tanto complejo, si bien, lo pretendido radica en una primera aproximación que delimite la naturaleza del contrato de *Compliance*.

Las partes, en satisfacción de sus intereses y conforme a la libertad contractual, configuran un contrato no regulado sistemáticamente en el ordenamiento (falta de disciplina legal propia) (ALBALADEJO, 1977, 412). En un primer lugar, puede decirse que el contrato de *Compliance* carece de tipicidad y de *nomen iuris*, es decir no dispone de reconocimiento legal y de disciplina normativa concreta (DÍEZ-PICAZO, 1972, 240). Sin embargo, muchas de las características estudiadas en los epígrafes anteriores hacen cuestionar si la relación puede encuadrarse en el arrendamiento de servicios.

Aunque sea preciso un análisis más profundo sobre otros modelos contractuales típicos, que se dejarán para otro momento, ha de considerarse el arrendamiento de servicios como aquel contrato que, en principio, se aproxima a los rasgos principales del de *Compliance*. La redacción general del artículo 1544 del Código civil permite que en el precepto pueda embeberse una diversidad de prestaciones de obras y/o servicios. El del Código civil carece de regulación detallada de la figura jurídica, definiéndose exclusivamente el objeto del contrato [i] obras o servicios (art. 1544); ii) obligaciones de las partes: ejecutar una obra o prestar un servicio y precio cierto]. Algunos autores entienden que el contrato de servicios es nominado-atípico (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 46), ya que no queda regulado detalladamente, pero se determina su objeto.

La criticada regulación del arrendamiento de servicios, entendida en una sociedad rudimentaria y de incipiente auge del estilo burgués, no da respuesta a las necesidades económicas de la imperante realidad social, económica y digital. El artículo 1545 establece una regulación básica y genérica (SÁNCHEZ GÓMEZ, 1998, 34) que no satisface la compleja realidad.

El objeto de la prestación de *Compliance* lo constituyen dos elementos: el servicio y el precio cierto. El servicio se entiende como aquella actividad o hacer sin el compromiso de un concreto resultado y, por la que, generalmente, se va a recibir una contraprestación. En términos generales, y sin atender a cada una de las obligaciones que pueden existir en el contrato, el profesional del cumplimiento normativo desempeña una labor de actividad, no comprometiéndose a la obtención de un resultado, sino a poner todos los medios a su alcance para una eficaz cultura de *Compliance*.

La doctrina entiende que el fundamento del contrato de servicios se circunscribe a la prestación de una actividad, un hacer, aunque determinados arrendamientos de servicios tengan compromisos accesorios dirigidos a la obtención

de un resultado⁹⁹. La prestación del *Compliance Officer* se descompone en una pluralidad de actos que, individualmente, pueden dar lugar tanto a actividades (sin tener en cuenta el resultado) como a la obtención de resultados (v.gr. informes y dictámenes a partir de la función). En efecto, la actividad de *Compliance* puede llevar aparejada *per se* otras de carácter de resultado. Así, el profesional se compromete a desempeñar la actividad de gestión de *Compliance* con diligencia, de forma accesoria la emisión de informes periódicos. Esta última, individualmente puede responder a una obligación de resultado, pero en su conjunto, la obligación es consecuencia del comportamiento diligente (TRIGO GARCÍA, 1999, 230). La realización de los informes por parte del oficial de cumplimiento constituye un compromiso accesorio a la obligación principal, actitud derivada del deber de diligencia.

Lo que predomina en la relación de *Compliance* es la actividad en sí misma considerada, ostentando un plano secundario o accesorio la previsión de determinados resultados. La cuestión estriba en si se da un contrato único o una combinación de contratos de distinta naturaleza.

La actividad de *Compliance* conlleva otras obligaciones de resultado —que son objeto de estudio en el presente trabajo— como si de una unidad se tratase. Esta unidad denota la consideración de un único contrato, ya que la obligación de emitir informes no presenta autonomía propia. El encargo de la concreta actividad de gestión, que se realiza al *Compliance Officer*, presenta una naturaleza propia del arrendamiento de servicios, aunque de forma conexa se integren otras como la de emitir informes, considerándose esta última como un deber derivado de la diligencia a observar en la obligación principal.

Características como la independencia/dependencia, el género de la remuneración y su forma no se consideran como caracteres determinantes del contrato de arrendamiento de servicios (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1933, 436-442). La dependencia del oficial de cumplimiento normativo, respecto del obligado al pago de sus haberes o uso de sus herramientas, no convierte la relación en una de naturaleza de obra. Igual comporta la forma de remuneración. Algunos autores entienden que el arrendamiento de servicios se retribuye proporcionalmente al tiempo de trabajo (CASTÁN TOBEÑAS, 1969, 441), cuando la libertad de las partes (ex. art. 1255) habilita a cualquier forma y especie de contraprestación.

Uno de los problemas que subyacen en el contrato de *Compliance* es la determinación de la disciplina normativa aplicable. La doctrina ha previsto diferentes soluciones: en un primer estadio, se han de aplicar las normas generales de carácter imperativo (título II, libro IV CC) (JORDANO BAREA, 1953, 85); posteriormente, en todo aquello no previsto por las partes, estipulaciones dudosas y tácitas deben completarse a tenor de la verdadera voluntad de los otorgantes (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1933, 467; Díez-PICAZO, 1972, 245), es decir, la autorregulación de los intereses dentro de los límites del artículo 1255 CC; si el problema persiste, habrá de recurrirse a los usos del tráfico, la jurisprudencia o doctrina científica (JORDANO BAREA, 1953, 85-86). Otra de las soluciones apuntadas sería la analogía: buscar la disciplina contractual aplicable mediante el recurso a la figura jurídica más semejante (analogía *legis*); y/o la extracción de la «normación del grupo o familia de contratos típicos más afín al contrato» (JORDANO BAREA, 1953, 86), de conformidad con su naturaleza.

Estas soluciones pueden resultar insuficientes, haciéndose necesario el recurso a las clásicas teorías de la absorción y la combinación (DÍEZ-PICAZO, 1972, 245). La primera busca dar respuesta a las lagunas del contrato mediante el encuentro de elementos preponderantes en el atípico, que se compartan con

algún contrato típico y, así aplicar su disciplina normativa. De la actividad de gestión de *Compliance*, los rasgos destacables del contrato (servicio y precio cierto) conducen al arrendamiento de servicios. En una primera aproximación, parece que la actividad esencial del oficial de cumplimiento normativo (prevención; supervisión, vigilancia y control; información y reporte) se encuadra en una obligación de hacer, en un determinado comportamiento sin el compromiso a la obtención de un resultado concreto (aunque existan otros accesorios, *v.gr.* emisión de informes). De hecho, el profesional, en su actividad de gestión, no puede asegurar la consecución de un eficaz sistema de cumplimiento ni evitar una hipotética condena, ya que no depende solo de su actuación, sino que intervienen una diversidad de variables¹⁰⁰.

Si se tiene en cuenta que el contrato de *Compliance* puede englobar una gran variedad de prestaciones de diferente naturaleza, la teoría de la combinación cobra especial importancia. Esta tesis parte de la coexistencia de una diversidad de prestaciones y elementos que corresponden a distintos contratos típicos. La disciplina deberá de componerse con la combinación de la reglamentación de cada uno de los contratos típicos (DÍEZ-PICAZO, 1972, 246). Así, *v.gr.* si el contrato de *Compliance* alberga elementos del contrato de obra y/o del de servicios, la reglamentación quedaría circunscrita al arrendamiento de obra y al de servicios (capítulo I, título VI del libro IV).

Las soluciones abordadas seguirán resultando insuficientes mientras la regulación del contrato de servicios sea la que es. La escasez regulatoria trae como consecuencia la inseguridad jurídica de las partes en aquellas relaciones contractuales que precisan un complemento, más aún cuando se está ante un contrato *ex novo*, sin disciplina normativa ni arraigo social.

En la medida en que la resolución de las lagunas del contrato de *Compliance* pueden resultar un tanto complejas, sirva de recomendación que las partes acuerden con meridiana claridad las reglas contractuales por las que se va a regir el contrato, con la finalidad de servir de fuente normativa de primer orden con la que resolver las omisiones y cuestiones dudosas.

VIII. CONCLUSIONES

I. Las sucesivas reformas del Código Penal (2010 y 2015) han supuesto un giro respecto al tradicional principio *societas delinquere non potest*, instaurándose *ex novo* la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo artículo 31 *bis* del Código Penal. Este cambio en la tradición jurídica no solo se ha manifestado en el ámbito penal, sino, en cierta forma, en la configuración de las relaciones privadas que podrá entablar la organización para la exención o atenuación de su responsabilidad criminal. Así, el ordenamiento privado afronta una nueva realidad, la derivada de la posibilidad de implantar programas de cumplimiento que incidan en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

II. La regulación penal vigente atribuye responsabilidad criminal a la persona jurídica por transmisión de los sujetos incardinados en los supuestos a) y b) del apdo. 1 del artículo 31 *bis* del Código Penal. No obstante, está prevista la exención o atenuación de una eventual condena si se cumplen determinadas condiciones. El establecimiento de estas medidas responde a la consecución de una eficaz cultura ética empresarial, basada en la prevención delictiva, apostándose por el cumplimiento de normas jurídicas y aquellas voluntariamente adoptadas por la organización, a través de modelos de prevención y un órgano

que supervisa su cumplimiento. El establecimiento de los denominados modelos de organización y gestión penal y la necesidad de contar con un órgano supervisor, se refleja en la creciente demanda de personal cualificado para colaborar en el desarrollo de estas tareas de cumplimiento. Se ha creado todo un sector del cumplimiento normativo que ofrece en el mercado la prestación de servicios dirigidos a la satisfacción de los intereses requeridos por las personas jurídicas.

IV. La realidad del cumplimiento normativo se ha visto reflejada en las relaciones jurídico-privadas, afrontando la contratación de los servicios del *Compliance* la problemática derivada de la práctica inexistencia de regulación, con la salvedad de la establecida en las normas penales y en las orientaciones de la FGE. En el ámbito del *Compliance*, la autonomía de la voluntad se convierte en la única forma de suplir la carencia regulatoria a la que se enfrenta el sector del cumplimiento normativo. Es la libertad de los contratantes la génesis de la normativización del atípico contrato de *Compliance*, sin más limitaciones que la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Partiendo de la configuración de las funciones del *Compliance Officer*, se ha expuesto una propuesta de contenido contractual que permita dotar de seguridad jurídica a los contratantes, sirviendo de hoja de ruta en la implementación de los servicios de cumplimiento.

V. Tras analizar la naturaleza y fundamento del fenómeno *Compliance*, se han podido esbozar las tareas esenciales del oficial de cumplimiento, completándose el espectro con las prácticas derivadas del tráfico del sector: las normas de estandarización. Se ha llegado a la conclusión de que estas últimas manifiestan aspectos que las hacen integrables en el concepto de usos profesionales o del tráfico. Así, los estándares deben ser considerados supletorios del contrato, en satisfacción de dos funciones: normativa o reguladora (*ex. art. 1258 CC*) e interpretativa (*ex. art. 1287 CC*).

VI. Del estudio de las fuentes analizadas (la norma penal, los criterios de la FGE y las normas de estandarización), en conexión con el ordenamiento jurídico-civil, se extraen tres tipos de estipulaciones esenciales: *i*) las derivadas del fundamento y naturaleza del *Compliance*; *ii*) las que tienen origen en la satisfacción económica: el pago del precio; y, *iii*) las que se fundan en la relación de confianza y buena fe. De la naturaleza y fundamento del *Compliance*, las obligaciones que podría asumir el profesional, integrables en el negocio jurídico, se agruparían en dos bloques: *i*) el diseño, elaboración e implantación de los modelos de organización y gestión; *ii*) la estricta actividad de gestión de los anteriores. Esta última, objeto del presente estudio, se subdivide en tres categorías generales de obligaciones: *i*) la actividad de continua prevención del riesgo (gestión, tratamiento continuo del riesgo y revisión; diseño continuo de controles y revisión; y, asesoramiento y formación continua); *ii*) la supervisión, vigilancia y control; y, *iii*) información y reporte a la organización. Entre estas tres tareas pivotarán los compromisos del oficial de cumplimiento en el desempeño de su actividad de gestión. Las normas de estandarización han completado y detallado el contenido integrable en el contrato, a las cuales el oficial de cumplimiento puede comprometerse.

VII. De la necesaria relación de confianza y buena fe, derivan como contenido del contrato de *Compliance* otros posibles compromisos, entre otros: el deber de información y facilitación de acceso; la imprescindible colaboración mutua y dotación de recursos; y la garantía de autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses. Algunas de ellas son de carácter accesorio; otras, en cambio, como el deber de información o colaboración no parecen responder a tal cualidad.

VIII. Las obligaciones a las que puede comprometerse el oficial de cumplimiento responden a un hacer, a una conducta activa del deudor, sin consideración al resultado. De ahí que la naturaleza de estos compromisos responda al concepto de obligación de medios, puesto que el *Compliance Officer* carece de toda capacidad para asegurar el no acaecimiento de la comisión delictiva en el seno de la persona jurídica (no existe el riesgo penal cero en la persona jurídica). En efecto, son numerosas las variables y sujetos que intervienen en el proceso del cumplimiento, lo que impide que el profesional garantice la ausencia de riesgo; solo podrá poner todos los medios a su alcance para que no se produzcan o aminorar las consecuencias lesivas.

IX. De la satisfacción del interés del oficial de cumplimiento surge la contraprestación económica por su labor: el pago del precio por los servicios prestados. El precio conforma la contraprestación ordinaria, constituyéndose en una parte del objeto contractual. La persona jurídica demanda un servicio cualificado de cumplimiento y el profesional oferente desea, normalmente, que se satisfaga su trabajo, mediante precio determinado o determinable, retribución periódica o continuada, por servicio encargado o por tiempo empleado en su labor.

X. Aunque el contrato de *Compliance* se considere como atípico, ello no excluye que las partes acudan a otros modelos típicos para su configuración, bien mediante el recurso a uno de los contratos provistos en la norma, bien por la composición híbrida de elementos contractuales distintos. Sin embargo, el esbozo del clausulado contractual hace preguntarnos si la estructura del contrato de *Compliance* responde a la del arrendamiento de servicios (ex. art. 1544 CC). La genérica regulación de esta figura contractual hace que cualquier negocio jurídico que disponga, por un lado, la obligación de una de las partes de prestar un servicio y, por otro lado, el pago de precio cierto, se encuentre dentro de la definición de arrendamiento de servicios. Así, se advierte que el oficial de cumplimiento ofrece servicios de cierta cualificación a cambio de un determinado precio, si bien, parece que el contrato de *Compliance* responde a una realidad más compleja.

XI. La propuesta o esbozo del contenido contractual, de una hipotética relación jurídica entre el *Compliance Officer* y la persona jurídica, puede servir de orientación al sector, a la espera de las tan demandadas normas estatutarias que completen, clarifiquen o delimiten la figura. Es probable, sin embargo, que las futuras normas del sector poco aclaren sobre la regulación de las relaciones jurídico-privadas derivadas del *Compliance*, afrontándose estas nuevas realidades desde la teoría general del contrato de nuestro decimonónico Código civil.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 3 de marzo de 1926.
- STS de 8 de julio de 1927.
- STS de 9 de octubre de 1928.
- STS de 22 de diciembre de 2000.
- STS de 30 de diciembre de 2002.
- STS de 12 de diciembre de 2003.
- STS de 13 de julio de 2007.
- STS de 21 de junio de 2012.
- STS de 29 de noviembre de 2012.
- STS de 21 de diciembre de 2012.

- STS de 13 de noviembre de 2013.
- STS de 19 de julio de 2016.
- ATS de 7 de marzo de 2018.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2018). Introducción. En: J. Moscoso del Prado Muñoz (Pte.). *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Cizur Menor: Thomson Reuters (37-66).
- AGUILERA GORDILLO, R. (2018). *Compliance Penal en España*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho civil II. Derecho de obligaciones, vol. I, 4.ª ed.* Barcelona: Bosch.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1978). Artículo 1.º. En: Albaladejo, M (coord.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo I. Madrid: Edersa.
- BENITO SÁNCHEZ, A. (2019). Problemas reales en la implantación del *Compliance*. En: P. Llana (coord.). *Ellas: Retos, amenazas y oportunidades en un mundo conectado*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (389-425).
- BETTI, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- BLANDINO GARRIDO, M.A. (2012). Capítulo 9: «Contenido y efectos de los contratos». En: A. Vaquer Aloy, E. Bosh Capdevila, M.P Sánchez González (coord.). *Derecho Europeo de los Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomo I*. Barcelona: Atelier (573-618).
- (2015). Contenido y efectos del contrato. En: A. Vaquer Aloy, E. Bosh Capdevila, M.P Sánchez González (ed.). *El Derecho Común Europeo de la Compraventa y la modernización del derecho de contratos*. Barcelona: Atelier (245-301).
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2016). *Instituciones de Derecho civil. Contratos en particular. Cuasicontratos. Derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BONATTI BONET, F. (coord.), (2017). Norma UNE 19601: 2017 y sistema penal español. En: AA.VV, *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*. Madrid: Lefebvre.
- CASANOVAS YSLA, A. (2017). *Compliance Penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1949). *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y Parte general* (7.ª ed.). Madrid: Reus.
- (1951). *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2017). Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *Compliance officer* para su uso en un proceso penal (1). *Diario La Ley*, núm. 9080, 1-20.
- CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). *Derecho de obligaciones y contratos en general*. En: CARRASCO PEREA, A. (Dir.). Madrid: Tecnos.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general. Tomo I.* (3.ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I., DE CASTRO GARCÍA, J. y GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, R. (2016). *Instituciones de Derecho civil patrimonial*. (5.ª ed.) Madrid: Tecnos.
- DE ELIZALDE DE IBARBIA, F. (2015). *El contenido del contrato*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- DELEBECQUE, F.P. y PANSIER, J. (1998). *Droit des obligations*, (2.ª ed.). Paris: Litec.

- DÍEZ-PICAZO, L. (1972). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1975). *Sistema de Derecho civil, Vol. I*. Madrid: Tecnos.
- (1976). *Sistema de Derecho civil, Vol. II*. Madrid: Tecnos.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2013). Posición de garante del *Compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica. En: L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (dirs.), *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch (165-189).
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M. (1933). *Tratado de Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones (Vol. I)*, (Pérez González, B., Alguer, J., trad.). Barcelona: Bosch.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1978). *Manual de Derecho civil español. Vol. III. Obligaciones y contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- FERNÁNDEZ, M. y ROMÁN GARCÍA, S. (2017). Nuevas normas internacionales en *Compliance*. En: I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Cizur Menor: Thomson Reuters (219-239).
- GARCÍA PÉREZ, C. (2017). El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. *ADC*, Tomo LXX, 1073-1137.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (2015). La figura del *Compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal. *Diario La Ley*, núm. 8653, 1-15.
- (2015). Los *Compliance programs* como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La «eficacia e idoneidad» como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 1-24.
- JIMENO BULNES, M. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *Compliance*: un supuesto de anticipación probatoria. *Revista General de Derecho Penal*, núm. 32, 1-67.
- JORDANO BAREA, J.B. (1953). Los contratos atípicos. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 51-95.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil III*. Madrid: Marcial Pons.
- LLOBET I AGUADO, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (2001). El contrato. En: M.R Valpuesta Fernández y R. Verdura Server (coords.). *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCEDES MARTÍN, V. (2015). La responsabilidad de los administradores y del «*Compliance officer*» en la última reforma del Código Penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 910, 1-3.
- MILLMAN, G.J & RUBENFELD, S. (2014). *Compliance Officer: Dream Career?*, *The Wall Street Journal*, 16 de enero de 2014 [disponible en: <https://www.wsj.com/articles/the-business-of-risk-is-booming-1389832893>]
- MONTANER, R. (2018). El *Compliance Officer* y el Código Penal. En: J. Navarro (dir.). *El Compliance Officer, ¿un profesional en riesgo?* Barcelona: Profit Editorial (27-44).
- NÚÑEZ MIRÓ, A. (2018). El *Compliance officer* y la empresa. En: J. Navarro (dir.). *El Compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Barcelona: Profit Editorial (47-65).

- PÉREZ GONZÁLEZ, S. (2015). La función de los *Compliance Programs* en la responsabilidad penal-económica de la empresa. *REDUR*, núm. 13, 129-142.
- POTHIER, R.J. (1878). *Tratado de las obligaciones, Tomo II* (SMS, trad.). Barcelona.
- PUIG BRUTAU, J. (1973). *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona: BOSCH.
- PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- PUYOL MONTERO, J. (2017). El *Compliance* y el estatuto de la profesión de «*Compliance Officer*». *Diario la Ley*, núm. 3, 1-13.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (1998). *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos.
- RAMOS BARSELÓ, F. (2017). Funciones del *Compliance Officer* empresarial. En: I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Cizur Menor: Thomson Reuters (147-167).
- SALVADOR CODERCH, P., y GARCÍA MICÓ, T.G. (2020). Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código civil. *InDret*, 1.2020, 28-55.
- SÁNCHEZ STEWART, N. (2013). Deontología profesional. En V. Ortega (coord.), *Abogacía. Claves para la práctica diaria*. Valencia: Tirant lo Blanch (429-454).
- SCAEVOLA, Q.M. (1904). *Código civil comentado y concordado extensamente, Tomo XX*. Madrid: Sociedad Editorial Española.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2016). La eximente de «Modelos de prevención de delitos». Fundamentos y bases para una dogmática. En: E. Bacigalupo, B.J. Feijoo Sánchez, J.I. Echano Basaldua (coords.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces (669-691).
- TRIGO GARCÍA, M.B. (1999). *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*. Granada: Comares.
- TUNC, A. (1948). Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. *Nuova riv. dir. Comm.*, vol. I, fas. 5-8, 126-145.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (2001). Elementos esenciales del contrato. En: M.R. Valpuesta Fernández y R. Verdura Server (coords.). *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1935). *Tratado de Derecho civil español. Tomo I. Parte general*. (4.^a ed.). Valladolid: Talleres tipográficos «Cuesta».
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2002). *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites a la libertad contractual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance. 86 preguntas y respuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C. (2009). *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. Madrid: Wolters Kluwer.

NOTAS

¹ Se ha escrito en abundancia desde la doctrina penalista sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero hemos de tomar como punto de partida y de origen, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dejando de lado el principio *Societas delinquere non potest*. Posteriormente a la modificación del Código Penal de 2010, se vino a delimitar de forma más clara la responsabilidad penal de la persona jurídica y se dictó 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, dándose claridad a los artículos 31 y 31 bis, con la adición de los artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies del citado cuerpo penal. El precepto que interesa a nuestro estudio es el contenido en el artículo 31 bis del Código Penal, como se desarrolla en el cuerpo del presente trabajo.

² El apartado VII de la E.M. muestra los motivos de la introducción en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la demanda internacional de respuesta clara ante determinadas figuras delictivas, concretamente la «corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...».

³ Vid. apdo. VII E.M.

⁴ Vid. apdo. III E.M.

⁵ La E.M. enfatiza que, desde algunos sectores, la reforma del 2010 había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.

⁶ Los modelos han de: 1. Identificar las actividades en las que existe riesgo de comisión delictiva; 2. Establecer una serie de protocolos o procedimientos que detallen el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, la toma de decisiones y el proceso de su ejecución; 3. Incluir modelos de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir los delitos; 4. Imposición de la obligación de informar de eventuales riesgos e incumplimientos al órgano encargado de la vigilancia del funcionamiento y observancia del modelo de preventivo; 5. Establecer un régimen disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas que incluya el modelo; 6. Incluir la realización de verificaciones periódicas y a la vista de estas su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes o existan cambios en la organización, su estructura o actividad.

⁷ DE URBANO CASTRILLO, E., ha propuesto denominaciones como la de «técnico de prevención de riesgo» en analogía de la legislación de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina científica coincide en la designación de *Compliance Officer* u Oficial de cumplimiento normativo, en respuesta a la esencia de sus funciones, el cumplimiento.

⁸ Los rasgos característicos de la profesionalidad (liberal) se resumen en: *i*. actividad intelectual; *ii*. independencia; *iii*. actividad generalmente individual y de confianza; *iv*. normalmente regulada (Estatutos, Colegios Profesionales); *v*. actividad generalista y unidisciplinar (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, 220).

⁹ Vid. Artículo 31 bis, apartado 2.º y siguientes del Código Penal. Dicho precepto y apartados determinan las condiciones necesarias para la evitación de una eventual condena penal a la persona jurídica que adopte una serie de medidas preventivas, denominadas «modelos de organización y gestión».

¹⁰ Pueden responder penalmente: *i*) las sociedades particulares [v.gr. colectivas, comanditarias simples, anónimas, de responsabilidad limitada, sociedades unipersonales, comanditaria por acciones, laborales, de base mutualista (cooperativas, de garantía recíproca, mutuas de seguro)]; *ii*) las sociedades civiles o industriales y de interés público (corporación, asociación, fundación, Colegios profesionales, Cámaras de comercio, etc.); *iii*) Personas jurídicas públicas, (v.gr. sociedades mercantiles públicas) (VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI, 2016, 22-23). Con respecto a estas últimas, el artículo 31.1 quinquies del Código Penal excluye: «[...] al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades

públicas de soberanía o administrativas». De las que más problemas pueden plantear son las últimas, por su dicción general, pero el apartado 4 Circular 1/2016 refiriéndose a ellas, añade: «[...] permite incluir todo el sector público administrativo». La Circular aclara sobre algunas organizaciones más confusas, señalando expresamente: «[...] serán también penalmente responsables [...]» las fundaciones y entidades con personalidad jurídica vinculada a ellas (excepto las fundaciones públicas); los partidos políticos y sindicatos.

¹¹ El panorama formativo en *Compliance* se ha disparado a consecuencia de la nueva realidad jurídica: cursos, acreditaciones, sesiones prácticas, etc. [Vid. (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 391)].

¹² Solo se han dedicado escasos preceptos en el Código Penal y algunas aclaraciones realizadas por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas). De ahí que la práctica profesional haya acudido a otros regímenes extrajurídicos: las normas —nacionales e internacionales— de estandarización.

¹³ En España han nacido todo un elenco de asociaciones que tienen como finalidad la puesta en valor de la realidad de *Compliance* y dotar de un determinado marco de protección, seguridad y profesionalidad a este nuevo campo de trabajo. A fecha de 21 de noviembre de 2019, constan en el Fichero de Denominaciones de Asociaciones dependiente del Ministerio del Interior, al menos una veintena asociaciones de *Compliance* registradas. Así, podemos destacar asociaciones como la *World Compliance Association* (WCA), la Asociación Española de *Compliance* (ASCOM), la Asociación de Profesionales de *Compliance* (CUMPLEN), la Asociación Europea de Abogados y Economistas en *Compliance*, el Consejo General de Profesionales *Compliance* (CGPC), la Asociación Española de Auditores *Compliance*, Ética y Cumplimiento Normativo, entre otras. Asociaciones como CUMPLEN o la WCA, han propuesto la elaboración de un Estatuto Profesional para el *Compliance Officer* que dote de cierta seguridad jurídica al sector. Vid. Diez propuestas para regular el cargo de «*compliance officer*», *Expansión*, 22 de octubre de 2019.

¹⁴ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, (Referencia: FIS-C-2016-00001). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf (última vez consultada: 29 de junio de 2020).

¹⁵ La FGE saca a relucir en su circular que no existe inconveniente alguno que una determinada compañía recurra a la contratación externa de las funciones de cumplimiento normativo. Según dicha circular, lo relevante es que la persona jurídica cuente con un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo y no que todas las tareas sean desempeñadas por el citado órgano. Por ello, parece ser que la FGE está dando la libertad de externalizar parte de las funciones de cumplimiento normativo, pero no se precisa de forma clara cuáles serían las funciones que podrían contratarse externamente por la persona jurídica. Algunas normas de estandarización (v.gr. ISO 37001:2016) permiten la externalización (total o en parte) de las funciones de cumplimiento en personas no integrantes de la organización.

¹⁶ El concepto de norma (de estandarización), mostrado por el artículo 8.3 de la Ley de Industria, puede responder a la definición de «uso profesional», al incluirse la característica de aplicación repetitiva o continuada. DE CASTRO Y BRAVO define los usos de los negocios como aquel «modo normal de proceder en el mundo de los negocios» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 429). CASTÁN TOBEÑAS señala que son los que «de un modo corriente y uniforme se observan en la práctica», y se diferencian de la costumbre «por faltarles el elemento psicológico o jurídico» (CASTÁN TOBEÑAS, 1949, 148-149), la *opinio iuris*. Es decir, para que un uso pueda reputarse costumbre, «entre las personas que le practican [...] no hay idea de una sanción social efectiva» o «convicción de ejercitar un derecho [...]» (VALVERDE Y VALVERDE, 1935, 183). Otros, los consideran como «lo que comúnmente se hace o se practica, aun con conciencia de su no obligatoriedad» (BATLLE VÁZQUEZ, 1978, 54) o aquellos «actos usuales en el tráfico o en el comercio jurídico» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1975, 156) Sin embargo, los usos profesionales satisfacen dos funciones esenciales: una interpretativa (ex. art. 1287 CC) y otra reguladora (ex. art. 1258 CC). La primera hace referencia a que los usos pueden servir para «interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse» (DÍEZ-

PICAZO Y GULLÓN, 1975, 156). La función reguladora se extrae del artículo 1258 del Código civil al establecerse las fuentes de la reglamentación contractual: la voluntad de las partes, la ley, la buena fe y los usos. A los usos no interpretativos se refiere el artículo 1.3 del Código civil considerándolos como costumbre aquellos usos jurídicos no interpretativos de la voluntad. A pesar de que los usos carecen de *opinio iuris*, el artículo 1.3 del Código civil al considerar a los usos jurídicos como costumbre, quedan revestidos en el concepto de norma jurídica. La cuestión estriba en determinar si las normas de estandarización no interpretativas deben considerarse usos jurídicos conforme al artículo 1.3 del Código civil. Un determinado uso existente, que con el paso del tiempo adquiere de *opinio iuris* y racionalidad, es considerado costumbre; el uso sin *opinio* pero con trascendencia jurídica, se situaría en otro plano (ex. art. 1.3 CC) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1975, 150-151). Otros autores, postulan que los usos pueden lograr «vigor normativo» (DE CASTRO Y BRAVO, 1955, 433-434) mediante la remisión: 1) legal, cuyo valor será el que otorgue el precepto; 2) la genérica contractual (art. 1258 CC) que, para acudir al uso, requiere, según el autor: i) carencia de voluntad expresa o tácita contraria a su aplicación; ii) no exista disposición legal de preferente aplicación; y iii) aplicación del uso conforme a la buena fe. De ahí que, las normas de estandarización sin *opinio iuris*, puedan tener trascendencia jurídica.

¹⁷ La ISO es considerada como una organización internacional independiente, no gubernamental. Se encarga de crear, desarrollar, promover y publicar aquellos estándares internacionales que sirvan para la innovación y mejora del comercio internacional. España forma parte de ella desde el año 1987. [Vid. AA.VV (2017). *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*. Madrid: Lefebvre, 9].

¹⁸ La Asociación Española de Normalización (UNE), se encarga de la normalización en España mediante el dictado de las denominadas Normas UNE. Vid. ¿Qué es la normalización? en <https://portal.aenormas.aenor.com/DescargasWeb/normas/que-es-la-normalizacion-es.pdf> (última vez consultada el 21 de noviembre de 2019), donde se destaca que la finalidad de la normalización es la mejora de la calidad de los productos y servicios que van a ser puestos en manos de los clientes, mediante la mejora continua. Por ello, se elaboran una serie de normas técnicas que se usan de forma voluntaria por empresas con objeto de garantizar una mínima calidad y seguridad en sus productos y servicios.

¹⁹ Vid. artículo 8 Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1992). Define los conceptos de «Norma» y «Normalización». La «Norma» en el ámbito industrial, se define como: «la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa». Esta definición reconoce expresamente que las normas dictadas en este ámbito, tienen un carácter de voluntarias, carentes de obligatoriedad y coercibilidad, lo que imposibilita la exigibilidad por parte de las instituciones del Estado. Sin embargo, sí pueden ser utilizadas como orientativas para llegar a conclusiones acerca de la calidad de un producto. Por otro lado, el citado cuerpo legal define a la «Normalización» como aquella «actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto».

²⁰ Actualmente en proyecto. Vid. <https://committee.iso.org/sites/tc309/home/projects/ongoing/ongoing-3.html> (última vez consultada el 31 de agosto de 2020).

²¹ Téngase en cuenta que el Código Penal solo regula de forma general los requisitos de los modelos de organización y gestión (Vid. art. 31 bis apdo. 5 CP).

²² Vid. Decreto Legislativo 231/2001, 8 giugno «Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2001. Disponible en <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm> (última vez consultado el 22 de noviembre de 2019).

²³ Vid. apartado VII E.M.

²⁴ Vid. el preámbulo (III) 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 se saca a relucir la necesidad de una mejora técnica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el objetivo de delimitar el concepto del «debido control». Una de las finalidades

de la reforma ha sido acabar con las dudas interpretativas que habían planteados ciertos sectores acerca de la responsabilidad vicarial.

²⁵ Vid. apartado III E.M.

²⁶ El *Compliance Officer* parte del sector financiero anglosajón por disponer de una regulación excesivamente rigurosa. No solo se ha enmarcado en entidades de carácter financiero, sino que se ha extendido a otros sectores de la economía (PUYOL MONTERO, 2016, 7).

²⁷ Vid. Sección 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE 4/05/2016).

²⁸ Recuérdense que la Circular 1/2016 FGE, 21, exige la necesidad de un órgano de supervisión tanto para las personas del apartado a) como a las del b) del artículo 31.1 *bis* del Código Penal, al exponerse: «[...] la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.ª del apartado 2) es también común a ambos títulos de implantación [...]».

²⁹ Vid. artículo 31 *bis* 2.º párr. del Código Penal.

³⁰ Vid. artículo 35 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2014).

³¹ Vid. apartado 5.4 Circular 1/2016 FGE, 24-25.

³² Vid. Circular 1/2016 FGE, 20 (Referencia: FIS-C-2016-00001).

³³ Prevenir y detectar conductas criminales [Vid. Circular 1/2016 FGE, 23, (Referencia: FIS-C-2016-00001)].

³⁴ Según el DRAE, supervisar resulta «ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros».

³⁵ Vgr. artículo 193.2 a) RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley del Mercado de Valores (empresas de servicios de inversión) y Circulares CNMV 6/2009 y 1/2014; artículos 2 y 26.1 Ley 10/2010; de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CNMV).

³⁶ Vid. apartado 5.4 Circular FGE.

³⁷ El autor fundamenta que la función de supervisión no viene a ser una competencia en exclusiva del *Compliance Officer*, sino que la persona jurídica es la competente en el desarrollo de tales funciones. Resulta destacable que la persona jurídica es la destinataria principal de la responsabilidad penal, convirtiéndose a sus órganos como los principales sujetos interesados en establecer una verdadera cultura del cumplimiento. Sin la voluntad de la persona jurídica no existirá cumplimiento, aunque existan los modelos preventivos y el órgano *Compliance*. La delimitación competencial entre el órgano supervisor y el de administración ha de tener suficiente claridad, ya que ante cualquier disfunción podría comprometer la responsabilidad del oficial de cumplimiento.

³⁸ La FGE apunta que muchas de las actividades resultarían más eficaces «cuanto mayor sea su nivel de externalización».

³⁹ En términos genéricos se extraen esos dos bloques principales de funciones, independientemente de otras accesorias o secundarias [Vid. Circular 1/2016 FGE, 24-25, (Referencia: FIS-C-2016-00001)]

⁴⁰ Algunos comentaristas, solo se han referido a esta posibilidad (2): «ejecutar, llevar a efecto y supervisar el desarrollo efectivo del modelo o sistema de prevención delictiva que se haya adoptado en la persona jurídica en concreto», concretándose en una «supervisión en sentido estricto» y por otro, la actuación de «vigilancia y control de la organización», con el objeto de prevenir o aminorar el riesgo de producción de un incumplimiento (COLMER HERNÁNDEZ, 2017, 1-2).

⁴¹ Vid. Circular 1/2016 FGE, 25, (Referencia: FIS-C-2016-00001).

⁴² Vid. Circular 1/2016 FGE, 25, (Referencia: FIS-C-2016-00001).

⁴³ El contrato se configura como el instrumento idóneo para regular los derechos y obligaciones de las partes, pues se constituye como un medio para el intercambio de bienes y servicios (LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 2)].

⁴⁴ La STS de 22 de diciembre de 2000 señala que nuestro sistema ha venido a permitir la formación de este tipo de contratos, donde la causa del contrato no responde a un esquema objetivo previsto en la ley. Dentro de las limitaciones de la libertad contractual, las partes pueden establecer a su antojo, mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio, la regulación de sus intereses.

⁴⁵ *Vid.* Un fiel reflejo es la propuesta de Estatuto Profesional realizado por la asociación CUMPLEN y el libro blanco sobre la función de *Compliance* elaborado por ASCOM.

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ mezcla lo entendido como contenido del contrato. Diferencia la reglamentación contractual del contenido; equipara objeto y obligaciones con el contenido; y concluye que este último es la «suma de las concretas previsiones de las partes más los instrumentos integradores de dicha voluntad (...), dicha reglamentación comprendería (...) el entramado de derechos y obligaciones generales generadas entre las partes». Sin embargo, los deberes, obligaciones y derechos no forman parte del contenido, ya que es más bien el efecto, la consecuencia derivada del contrato (lo que crea y produce) (*Vid.* DÍEZ-PICAZO, 1972, 227).

⁴⁷ Resulta necesario diferenciar la voluntad de las partes del contenido contractual. Este último se circunscribe a la reglamentación preceptiva a la que se han comprometido las partes (*Vid.* DE ELIZALDE DE IBARBIA, 2015, 37), y la declaración de voluntad se constituye como la intención de las partes, lo que las partes quieren (*Vid.* DÍEZ-PICAZO, 1972, 228).

⁴⁸ La STS de 21 de diciembre de 2012, haciéndose referencia a la STS de 10 de julio de 2012, admite los contratos atípicos, siempre que su función económico-social y finalidad perseguida por las partes queden delimitadas por los principios y límites que impone el «control social en materia contractual». («Como es sabido la regla o principio general de la libertad contractual, que establece nuestro artículo 1255 del Código civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial»; y añade que «para la doctrina civilística [sic.], la admisión y validez de estas figuras contractuales o marcos de contratación atípicos no revisten inconveniente alguno, si su función económico-social y los fines concretos que las partes pretenden obtener quedan coherentes con los principios y límites que impone el control social en materia contractual»).

⁴⁹ *Vid.* SSTs de 13 de julio de 2007; de 29 de noviembre de 2012; de 13 de noviembre de 2013; de 19 de julio de 2016.

⁵⁰ El contrato de *Compliance*, como otro, obliga a ser conforme a la buena fe, término escasamente desarrollado en el Código civil. El sentido que usa el artículo 1258 alude a «moralidad social», «equidad», a la sujeción «a aquellas normas de conducta colectiva» observables «por toda conciencia sana y honrada», «al cumplimiento leal y honrado» (SCAE-VOLA, 1904, 562). En este particular contrato se ha de tener presente tal principio, debido a la escasa reglamentación jurídica de las funciones del profesional.

⁵¹ El apartado 5 del citado precepto narra las condiciones que han de cumplir los modelos de organización y gestión a los que se refiere la norma. Sin embargo, el interés de estos elementos ha de dejarse para futuros trabajos que aborden otra de las eventuales relaciones jurídicas: el diseño e implantación.

⁵² Conforme a lo establecido en el apartado 5.4 de la Circular 1/2016, la contribución del profesional en las funciones de diseño, elaboración e implantación de los modelos de gestión, radica en su asistencia o colaboración para crear las bases de la cultura de *Compliance*. Asimismo, la FGE, aparte de la posibilidad de participación del *Compliance Officer* en la elaboración de estos modelos, añade que este debe asegurar su buen funcionamiento en el seno de la organización, «estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos contenidos en el apartado 5 del artículo», precepto relativo a los requisitos que han de cumplir los modelos de organización y gestión.

⁵³ La FGE en la Circular 1/2016, impone el deber de creación por parte de la persona jurídica del órgano de cumplimiento, que ha de asumir la función concreta de supervisión del modelo, salvo aquellas entidades que tengan autorización para presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

⁵⁴ Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada, tienen el inconveniente que deberá de ser el órgano de administración el que asuma las funciones de supervisión del sistema. Sin embargo, el órgano de administración de dichas organizaciones se encuentran poco informado y sin la formación suficiente como para atender al cometido que encomienda el artículo 31 *bis* del Código Penal. Estamos hablando de pequeñas y medianas empresas, las cuales se encuentran en el marco de la responsabilidad penal y que ante la falta de conocimientos o capacidad económica no han implantado los modelos de organización y gestión. Muchos órganos de administración de las PYMES no disponen de un conocimiento exacto en materia de cumplimiento, lo que se traduce, en la mayoría de ocasiones, la carencia de todo ánimo de implantación.

⁵⁵ Algunos autores coinciden con las funciones expuestas, destacándose la prevención; supervisión [monitorización de los controles (detección)]; e información a la dirección (EN-SENAT DE CARLOS, 2016, 61).

⁵⁶ *Vid.* nota 17.

⁵⁷ *Vid.* nota 17.

⁵⁸ Los sistemas de gestión consisten en aquellos procesos internos de las organizaciones «que ordenan sistemáticamente la forma en que se realiza una actividad, mediante la normalización de las distintas etapas en que se dividen para la consecución de un objetivo». Los sistemas de gestión penal hacen referencia al compromiso de las organizaciones para el cumplimiento de las normas que le son de aplicación (jurídicas y autorregulatorias), con la adopción de aquellas medidas para la evitación de incumplimientos (BONATTI BONET *et al.*, 2017, 22-32).

⁵⁹ *Vgr.* ISO 14001:2015 (relativa al sistema de gestión medioambiental); ISO-IEC 27001:2013 (referente a la gestión de la seguridad de la información); ISO 45001:2016 (sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo).

⁶⁰ *Vid.* nota 21.

⁶¹ Define como soborno «la oferta, promesa, aceptación o solicitud de ventaja indebida de cualquier valor directa o indirectamente, y sea cual sea la ubicación del hecho, en violación de la ley aplicable, tanto como incentivo como recompensa para que una persona actúe o deje de actuar, en relación con el ejercicio de las funciones que le ha sido asignadas» (ISO 37001:2016).

⁶² *Vid.* Cap. 1.

⁶³ Téngase en cuenta el objeto del trabajo. Los otros niveles de la organización cumplen funciones esenciales en el sistema de gestión de *compliance*; el órgano de gobierno y alta dirección: deben de establecer la política de *compliance*, crear el órgano de cumplimiento (con la correspondiente dotación de autoridad, recursos, autonomía e independencia), asegurar el cumplimiento del sistema y medios humanos y materiales; y los directivos y empleados: observar las obligaciones relativas al *compliance*, formación e información sobre incumplimientos.

⁶⁴ El apartado 3.6 define como función de cumplimiento a aquella persona o personas con responsabilidad para la gestión de *compliance*.

⁶⁵ El apartado 3.6 define la función de *compliance*: «Persona(s) con responsabilidad para la gestión de *compliance*». Dicha responsabilidad puede recaer en un experto en cumplimiento (*Compliance Officer*) o grupo (comité) (apdo. 5.3.2).

⁶⁶ *Vid.* Cuadro 1.

⁶⁷ Debe diferenciarse de la implementación y cumplimiento del sistema, acciones atribuidas a la organización. El órgano de cumplimiento se configura como un asistente o colaborador en estas labores: la decisión y adopción del acuerdo de la organización del establecimiento del *compliance* y el sistema.

⁶⁸ La independencia es abordada en las normas de estandarización, *v.gr.* UNE 19601:2017 (apdo. 5.1.2.c, d y e). La cualidad de independencia del órgano de cumplimiento radica en la ausencia de cualquier tipo de injerencia, interferencia, vínculos, presiones o pretensiones de influencia, desvío o distorsión del profesional hacia realidades interesadas.

⁶⁹ La UNE 19601:2017 (apdo. 5.1.1.c y f) hace alusión a esta cualidad, refiriéndose al poder de iniciativa y control para ejercer la función de cumplimiento. El DRAE la define como: «con-

dición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie», es decir —en referencia a nuestro estudio— la no dependencia del órgano de cumplimiento para llevar a cabo su actuación.

⁷⁰ Esta norma viene a disponer expresamente que la misma puede servir como base y elemento de referencia para los tribunales de justicia y demás operadores jurídicos con el objeto de que puedan valorar el establecimiento de criterios en la valoración del cumplimiento por parte de las personas jurídicas del contenido del artículo 31 *bis* del Código Penal.

⁷¹ *Vid.* Introducción (CASANOVAS YSLA, 2017, 20).

⁷² El estándar define sistema de gestión de *compliance* penal como: «conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para concretar y medir el nivel de consecución de objetivos en materia de *compliance* penal, así como las políticas, procesos y procedimientos para lograr dichos objetivos». Este deberá de contener medidas diseñadas para evaluar el riesgo, prevenirlo, detectarlo y gestionarlo de manera temprana (apdo. 4.4).

⁷³ *Vid.* VI.2.A.

⁷⁴ Algunos autores (PUYOL MONTERO, 2017, 9) han especificado que la función de cumplimiento tiene por objeto actividades como la identificación de los riesgos; la prevención mediante el diseño e implementación de procedimientos de control; la monitorización y detección (supervisión) con reporte a la organización; la resolución de problemas de incumplimiento; o el asesoramiento a la organización. Se extrae de la definición que da de *Compliance Officer*: «la persona o el profesional responsable de la supervisión y gestión de cuestiones relacionadas con el cumplimiento», que ha de llevar a cabo actividades como el «diseño y aplicación de controles normativos y procedimientos internos que permitan garantizar el cumplimiento de la legislación y normativas aplicables, gestionar las auditorías e investigaciones sobre cumplimiento o responder a las solicitudes de información de los organismos reguladores» (PUYOL MONTERO, 2017, 11).

⁷⁵ La definición de servicio (en términos jurídicos) no es fácil, pues según el contexto y fundamento, su significado difiere. Así, algunos autores, tras un análisis exhaustivo, han concluido que el servicio se enmarca dentro de una prestación de hacer; actividad a desarrollar con diligencia por el prestador y conforme al interés pretendido por el acreedor (VILLANUEVA LÚPIÓN, 2009, 169). El servicio en el ámbito del *Compliance* comparte los elementos definitorios antedichos: prestación de hacer; actividad de diligencia y necesidad de satisfacción de unos concretos intereses (los de la persona jurídica).

⁷⁶ *Vid.* epígrafe VI. 3.

⁷⁷ El diccionario panhispánico del español jurídico define el vocablo «servicio» como: «Prestación que satisface alguna necesidad humana y que no consiste en la producción de bienes materiales».

⁷⁸ Prestación distinta a la de entregar una cosa (obligación de dar) (PUIG BRUTAU, 1973, 232).

⁷⁹ *Cfr.* TUNC, A., (1948). *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*. *Nuova riv. dir. Comm.*, vol. I, fas. 5-8, 126-145.

⁸⁰ La palabra «control» es definida por la RAE como: «Comprobación, inspección, fiscalización, intervención».

⁸¹ Estos controles se implantan en un momento *ex-ante*, para evitar que el riesgo se llegue a materializar (*v.gr.* políticas y procedimientos; controles organizativos; controles de procesos, etc.) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 82-84).

⁸² Los controles de reacción se dan con posterioridad a la materialización del riesgo (*v.gr.* régimen disciplinario ante incumplimientos; incentivos ante conductas adecuadas). Los de detección también se manifiestan en el momento posterior al riesgo, pero pueden ser corregidos tras su detección (*v.gr.* monitorización del riesgo; indicadores de riesgo; análisis de reclamaciones como fuente de detección de fallos del control; canal de denuncias e investigación interna, etc.) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, 87)].

⁸³ Apartado 5.1.2 a) 4) UNE 19601 y UNE-ISO 19600:2015.

⁸⁴ Apartado 5.1.2 a) 5) UNE 19601 y f) UNE-ISO 19600:2015.

⁸⁵ *Vid.* Norma quinta apartado 3.5 de la Circular 1/2014 CNMV.

⁸⁶ El asesoramiento y el deber información se encuentran relacionados, ya que para asesorar, hay que informar. Para el tratamiento de ambos, conforme a la buena fe (*vid.* epígrafe VI. 4).

⁸⁷ Adviértase que la persona jurídica puede ser responsable penalmente por transmisión de las personas físicas reseñadas en el artículo 31 *bis* párr. 1. apdos. a) y b) del Código Penal.

⁸⁸ *Vid.* Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE de 26 de noviembre de 2019).

⁸⁹ *Vid.* epígrafe VI. 4.A).

⁹⁰ Se considera válido siempre que pueda ser fijado por el uso, la costumbre, por tarifas (ALBALADEJO, 1977, 311) (*Vid.* SSTS de 3 de marzo de 1926; 8 de julio de 1927; 9 de octubre de 1928).

⁹¹ El pago, según Pothier, «es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar ó hacer» (POTHIER, 1878, 175).

⁹² Algunos comentaristas entienden que la circunstancia de ser un profesional quien presta el servicio ha de entenderse como dato suficiente para presumir la retribución (ENNECCERUS, KIPP y WOLF 1966, 442) (*Cfr.* SSTS de 27 de diciembre de 1915; de 15 de diciembre de 1917; 8 de febrero de 1940).

⁹³ La falta de determinación del precio no es obstáculo para la inexistencia del contrato, siempre que pueda establecerse (art. 1271 CC) mediante unas mínimas reglas de base objetiva (tácita determinación), derivadas de la voluntad de las partes o de un tercero (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF 1933, 26-28).

⁹⁴ El ATS de 7 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 72702) compendia las formas de determinación del precio [en caso de arrendamiento de servicios]. En primer lugar, atender a la voluntad acordada por los sujetos (art. 1255 CC) (*Vid.* STS de 26 de febrero de 1987); de lo contrario, la labor jurisdiccional puede acometerlo, atendiéndose a: *i.* los criterios fijados por terceros (*v.gr.* Colegios Profesionales) (*Vid.* STS de 15 de marzo de 1994); *ii.* naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor (*Vid.* STS de 24 de febrero de 1998); *iii.* grado de complejidad de las cuestiones, dedicación requerida y resultados obtenidos (*Vid.* STS de 16 de febrero de 2001); *iv.* usos y costumbres del foro (STS de 3 de febrero de 1998); *v.* prudencia y equidad (*Vid.* SSTS de 16 de septiembre de 1999 y de 4 de mayo de 1988).

⁹⁵ *Vid.* epígrafe VI. I.

⁹⁶ La buena fe puede entenderse como un mecanismo de compleción contractual, mediante la interpretación e integración del contrato (SALVADOR CODERCH y GARCÍA MICÓ, 2020, 51). En muchas ocasiones, esta va implícita en las cláusulas contractual al encontrarse en el subconsciente de las partes como deber de conducta correcta y coherente.

⁹⁷ *Vid.* epígrafe VI. 2.C).

⁹⁸ Cierta sector de la doctrina penalista considera que los deberes derivados de la relación de Compliance no se constituyen como deberes jurídico-público, sino deberes empresariales; de ahí que no esté obligado a denunciar al autor de un delito, salvo por aplicación del artículo 450 del Código Penal como cualquier otro ciudadano (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. 2013, 185-186). Corresponde a la persona jurídica el debido control interno para que no se comenten delitos. El oficial de cumplimiento no asume una posición de garante, responderá penalmente cuando se le haya encomendado el específico deber de evitación de los delitos (MERCEDES MARTÍN, 2015, 1).

⁹⁹ En ciertos contratos profesionales surgen obligaciones de hacer encaminadas a la obtención de un determinado resultado (*v.gr.* la emisión de informes en la Abogacía) (BLASCO GASCÓ, 2016, 350). Este argumento quedó reforzado por la jurisprudencia al establecerse que el contrato de servicios tiene por objeto prestaciones de distinta naturaleza, donde convergen prestaciones de hacer, normalmente de medios, pero también puede dar lugar a acciones de hacer con finalidad de resultado (SSTS de 12 de diciembre de 2003, de 30 de diciembre de 2002).

¹⁰⁰ El máximo responsable en la promoción del sistema de organización y gestión viene a ser la persona jurídica, mediante la alta dirección, ya que sin el apoyo de esta, por mucho que exista un órgano de cumplimiento, no se alcanzaría la finalidad de la estructura de cumplimiento. Toda la organización debe de encontrarse comprometida con la cultura ética corporativa, contribuyendo activamente al éxito del sistema preventivo.

1.6. Responsabilidad

Vehículos a motor y responsabilidad civil derivada de incendios

Motor vehicles and civil liability arising from fires

por

DAVID RAFAEL GUINEA FERNÁNDEZ
Profesor titular (I) de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de diciembre de 2019, aplica la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que determina que el incendio de un turismo en un garaje privado debe ser considerado hecho de la circulación, y, por tanto, queda cubierto por la cobertura del seguro obligatorio de vehículos; en este caso se discutía sobre quien debía ser declarado responsable civil por los daños materiales ocasionados en aplicación, no del principio de solidaridad social (que rige para los daños a las personas), sino del principio de la culpa o negligencia del conductor/propietario del vehículo causante del daño.

Este artículo se aproxima a la cuestión de la responsabilidad civil por daño patrimonial en caso de incendios de vehículos a motor en relación con la responsabilidad civil por el acaecimiento de los incendios en general. Con esta finalidad, en primer lugar, se presenta el marco regulatorio general aplicable, para, a continuación, detenerse en la cuestión de la inversión de la carga de la prueba de la culpa. Por último, se analiza la incidencia que tiene la calificación del evento dañoso acaecido como hecho de la circulación y las repercusiones que esto tiene sobre la cuestión de la prueba y la posibilidad de obtener una indemnización, bien por la aseguradora con la que se haya suscrito el seguro obligatorio de vehículos, bien por el Consorcio de Compensación de Seguros.

ABSTRACT: *The Supreme Court, in its Ruling of 17 December 2019, applies the doctrine established by the Court of Justice of the European Union which determines that a car catching fire in a private garage must be considered as a traffic accident and is therefore covered by mandatory car insurance; in this case the point at issue was who should be declared as bearing civil liability for property damage caused in application, not of the principle of social solidarity (which governs injury to people), but of the principle of guilt or negligence on the part of the driver/owner of the vehicle causing the damage.*

This article explores the question of civil liability for property damage in the case of motor vehicle fires in relation to civil liability arising from incidents of fire in general. To this end, the article first presents the general regulatory framework applicable before addressing the question of the inversion of the burden of proof. Lastly, the article analyses the effect of considering the adverse event as a traffic ac-

cident and the repercussions this has on the question of proof and the possibility of obtaining compensation, either from the insurance company with which the mandatory car insurance was taken out or from the Insurance Compensation Consortium.

PALABRAS CLAVE: Hecho de la circulación. Incendio. Vehículo estacionado. Seguro Obligatorio. Carga de la prueba.

KEY WORDS: *Traffic accident. Fire. Parked vehicle. Mandatory insurance. Burden of proof.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCENDIO EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: 1. APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO. 2. LA PRUEBA DEL INCENDIO COMO CAUSA DEL SINIESTRO. 3. LA PRESUNCIÓN DE CULPA EN CASO DE INCENDIOS PROVOCADOS POR VEHÍCULOS A MOTOR.—II. LA CALIFICACIÓN DEL INCENDIO COMO HECHO DE LA CIRCULACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: 1. VEHÍCULOS EN SITUACIÓN DE PARADA O ESTACIONAMIENTO. 2. VEHÍCULOS RETIRADOS DE LA CIRCULACIÓN DE MANERA TEMPORAL O DEFINITIVA.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCENDIO EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN

1. APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO

Es sobradamente conocido que a medida que se va generalizando el uso de vehículos a motor, se toma conciencia de que la conducción supone riesgos, y entraña la posibilidad de generar daños a personas y bienes. Por este motivo, el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor¹, exige a los propietarios de vehículos a motor la contratación de un seguro que permita hacer frente a hipotéticas reclamaciones de responsabilidad civil.

Los daños materiales quedaron fuera del sistema diseñado por aquella ley por acción y efecto del Decreto Ley 4/1965, de 22 de marzo, que dejó en suspenso el sistema de responsabilidad civil y seguro obligatorio establecidos en la expresada Ley por lo que respecta a los daños en las cosas.

Para facilitar la comprensión del modo en que se podía llegar a establecer la responsabilidad civil por daños materiales de acuerdo con la legislación civil en aquella época queremos traer a colación el caso abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1978, que resuelve sobre el que fuera conocido como «el incendio de los almiares».

En este caso, aunque se planteó la demanda civil en base al artículo 1903 del Código civil, el pleito se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad civil por hecho propio (art. 1902 CC), centrándose la discusión no en la responsabilidad civil del progenitor sino en si el conductor del tractor era o no culpable del daño²; además se establece una presunción de causa, y a partir de ella de la culpa y la responsabilidad del demandado.

El caso fue el siguiente:

1.º. En una finca cordobesa, inmediatamente después de pasar entre dos almiarés un tractor (conducido por el hijo del dueño, de 20 años de edad y por tanto menor según la legislación de la época³), para devolver una hormigonera, aquellos comenzaron a arder, propagándose el fuego e incendiándose el tractor, la citada hormigonera, y unos rollizos y tablones, causando daños estimados en 1885385 pesetas.

2.º. En primera instancia se desestimó la demanda porque «a juicio del órgano juzgador» debía haberse probado el daño, la culpa y la relación de causalidad y solo había quedado acreditado el primero de estos elementos. Considera el juez que debía aplicarse el entonces vigente, artículo 1214 del Código civil, que establecía que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento, tal y como recoge el actual artículo 217 LEC.

Según su criterio, al aplicar la regla contenida en el derogado artículo 1253 del Código civil, «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», y esto no ocurrió en este caso porque se produjeron una serie de hechos concurrentes que, en aplicación de las reglas del razonamiento lógico, permitían dudar del origen del incendio⁴.

Añade la sentencia que, incluso aunque se hubiera estimado probada la autoría, faltaría la prueba de la culpa, al no haber quedado acreditado ningún fallo mecánico, ni comportamiento imprudente alguno «ya que fueron tomadas las diligencias que exigía la naturaleza del acto, en relación con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar». Según el juez, al no haberse acreditado la relación de causalidad, eran impracticables los pedimentos de la demanda.

3.º. Recurrida la sentencia, la Audiencia Territorial estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados, y la sentencia fue recurrida en casación. La Audiencia estimó la existencia de un enlace preciso y directo entre la producción del incendio y el paso del tractor, y por tanto que esta fue la causa cierta.

La parte recurrente en casación sostenía que se había producido la vulneración de los artículos 1902 y 1903 del Código civil, por aplicación indebida de este último en cuanto a la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos menores de edad, al no aparecer que viviera el hijo con los padres y no haberse acreditado que hubiera realizado una acción u omisión culposa; además alega que, al no haberse acreditado que el tractor provocara el incendio, no cabía sentar la responsabilidad (objetivada) por inversión de la carga de la prueba. Porque, como pone de manifiesto ROGEL VIDE (1979, 271) al comentar este pronunciamiento judicial, la jurisprudencia solo había avanzado «en el sentido de invertir la carga de la prueba. Esto es, el que niega tiene que probar», cosa que, a juicio del demandado, había ocurrido⁵.

4.º. Pero el Tribunal Supremo rechazó la aplicación al caso del antiguo artículo 1253 del Código civil por considerar que la Audiencia había acudido al principio de culpa objetiva o por riesgo, de modo que, establecida la creación del riesgo por el paso del tractor entre los almiarés, debía el demandado acreditar que el incendio se produjo por otra causa, y, como esto no quedó acreditado, a él debía imputársele la responsabilidad por el daño originado. Es lo que muy gráficamente, ROGEL VIDE (1979, 279) llama «chispa presumida».

El Tribunal Supremo tampoco estimó que se hubieran vulnerado los artículos 1902 y 1903 del Código civil, porque no habían sido objeto de discusión en

el procedimiento, sino que lo único que se discutía es que el tractor, que estaba asegurado, fuera la causa del incendio, cosa que, a su juicio «había quedado demostrada» y, por tanto, la relación de causalidad⁶. No obstante, se condenó al demandado a abonar algo más de la mitad de lo reclamado, con lo que quizás se tuvo en cuenta la conducta culposa del propietario de los mismos, que debía haber evitado la propagación del incendio.

Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio, que pretende adaptar el texto refundido de esta Ley al ordenamiento jurídico comunitario, se consolida la distinción entre daños corporales y daños materiales, estableciéndose para los primeros un criterio objetivo de imputación, y para los segundos un criterio subjetivo; además de obligar a la contratación de un seguro obligatorio que cubra también la responsabilidad derivada de los daños materiales.

La cuestión de la responsabilidad civil por accidentes de circulación de vehículos a motor se encuentra en constante evolución, debido esencialmente a la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, y a las diversas Directivas promulgadas en el seno de la Unión.

Es en este contexto en el que se promulga el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante TRLRCSCV), que ha sido objeto de múltiples modificaciones desde su promulgación, de entre las que cabe destacar la operada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, que, con la finalidad de trasponer a nuestro Derecho interno la Directiva 2005/14/CE y la Directiva 2000/26/CE, relativas a la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos y al seguro de responsabilidad civil de automóviles, afecta tanto a la regulación contenida en el citado TRLRCSCV, como al Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

Para que resulte aplicable la legislación especial en materia de vehículos a motor es necesario que estemos ante un «vehículo a motor» y que el evento dañoso sea calificado como «hecho de la circulación», por lo que para delimitar nuestro marco de estudio parece oportuno aproximarse a estos dos conceptos.

Así, son «vehículos a motor», de acuerdo con el artículo 1.1 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (en adelante, RSORC), «*todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre e impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*» con las excepciones que contempla el propio artículo en los apartados 1 (*in fine*), y 2.

Por otra parte, «*hechos de la circulación*», serán, de conformidad el artículo 2.1 de esta misma norma, «*los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común*», con las excepciones que contempla este artículo en su apartado 2.

Pues bien, en los casos de daños a terceros derivados de incendios (en general) se tiende a facilitar la reparación de los mismos, aunque no siempre esté claro cómo se produjo la ignición, ni el alcance de la intervención del demandado cuya responsabilidad se pretende, hasta el punto de que podría llegar a ser dudosa su existencia y sin embargo declarada.

La referida tendencia reparadora se ve reforzada si el incendio se produce por la intervención de vehículos a motor porque, si el evento dañoso es calificado como hecho de la circulación, es decir, si el origen del fuego se enmarca en este ámbito, existe la obligación legal de suscribir un seguro. De hecho, aunque la responsabilidad civil surgida por los daños derivados de incendios tiene ya de por sí suficientes matices que invitan a aproximarse a su casuística, cuando se ven implicados vehículos a motor (bien en la parte del agente del daño, bien en la del perjudicado) esos matices quedan redimensionados por el marco regulatorio que necesariamente debe regir sobre la materia.

Efectivamente, en caso de producirse daños a las personas surge la responsabilidad incluso sin culpa del conductor, por aplicación del principio de solidaridad social con las víctimas de accidentes de tráfico, de modo que, tal y como se desprende de la lectura del párrafo segundo del artículo 1.1 del TRLRCSCVM, la indemnización solo quedaría descartada en caso de culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Pero, al centrarnos en los daños materiales, resulta que según el párrafo tercero del artículo 1.1 del TRLRCSCVM, el conductor responde «frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley».

No obstante, la legislación vigente en la materia habrá de ser revisada con toda seguridad por la aparición de los vehículos autónomos porque, tal y como expone TORROBA DÍAZ (2019, 20), excluidos los supuestos de fuerza mayor, «la ausencia de conductor y, por tanto, del elemento culpa, debe contribuir a superar el viejo desdoblamiento del sistema que el mismo realiza, unificándose todo ello en un sistema de responsabilidad objetiva». A su juicio, «no queda otra opción que la de establecer un sistema de responsabilidad objetiva, basado en el riesgo que implica cualquier posible defecto de seguridad en el vehículo», al prescindir del conductor y del elemento de la culpa. Entonces la responsabilidad del sistema actual (basada en la culpa o en el riesgo de la circulación) pasará «a un sistema basado de forma exclusiva en el riesgo en cuanto al defecto de seguridad del vehículo llamado a circular de forma completamente autónoma e independiente».

2. LA PRUEBA DEL INCENDIO COMO CAUSA DEL SINIESTRO

Si bien históricamente la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha sido un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil, con la generalización de los sistemas objetivos de responsabilidad «no siempre es necesaria una relación causal entre ese daño y la conducta de un determinado sujeto» (REGLERO CAMPOS, 2014, 278) porque en aras de la justicia, se puede acudir a la aplicación de una norma especial que le haga responsable o tomar en consideración el ámbito de la actividad en la que se materializa el evento dañoso.

En el caso de la circulación de vehículos a motor se da una alta probabilidad de que se produzca el daño, por lo que podríamos afirmar que la conducción es una actividad en la que existe un «riesgo anormal» que sirve como fundamento de la responsabilidad objetiva, pero no se puede prescindir de la culpa si no existe una norma que así lo establezca. Es necesario el reproche culpabilístico, lo que significa que no se cumple con el deber de diligencia exigible; entonces cuando se acude a la idea del riesgo lo que se hace es invertir la carga de la prueba de

la culpa y elevar los estándares de diligencia exigibles por existir mayores probabilidades de causar el daño.

Como ha puesto de manifiesto MÚRTULA LAFUENTE (2006)⁷, existe una línea jurisprudencial según la cual se tiende a admitir la «presunción de causalidad» cuando al ignorarse la causa concreta y exacta del daño «existe una razonable probabilidad de que este se haya debido a la conducta o actividad del demandado» que es «especialmente significativa en materia de incendios habida cuenta de las dificultades que puede tener el demandante para demostrar el nexo causal entre una conducta u omisión del demandado y el daño sufrido», de modo que en estos casos «la relación de causalidad que hay que demostrar es entre el incendio —como evento— y el daño, pero no respecto a la causa eficiente del incendio que causó el daño». En otras palabras, la doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba, normalmente imposible, de la causa concreta que causó el incendio⁸.

Así, BASOZABAL ARRUE (2015)⁹, al analizar la cuestión de los incendios en los que se desconoce la causa del siniestro, destaca que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2008, el problema probatorio se salva «basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan»; se admite así «un grado de probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal». Entonces, se responde por la relación con la cosa que se incendia, en atención a un deber de control o vigilancia, con independencia de que se pueda apreciar la culpa del demandado propietario o poseedor de la cosa; y será este quien deba acreditar que no es el responsable por haberse producido la intervención de un tercero, ser culpa de la víctima o tratarse de un caso de fuerza mayor. En su planteamiento no se hacen distinciones para el caso de que el incendio sea de un vehículo a motor; si se desconoce la causa del incendio, al demandante le basta con probar que el daño se debe al incendio y «es el que controla o guarda el lugar en el que este se produce quien debe probar, para exonerarse, que no le es imputable», por lo que estamos ante una presunción de culpa que abordamos en el próximo apartado.

3. LA PRESUNCIÓN DE CULPA EN CASO DE INCENDIO PROVOCADO POR VEHÍCULO A MOTOR

Tal y como venimos afirmando, en el ámbito de los accidentes de circulación y centrándonos en la responsabilidad civil por daños materiales, esta se fundamenta en la culpa o negligencia del conductor causante del daño, con la inversión de la carga de la prueba que resulta del TRLRCSVM y de la jurisprudencia.

Precisamente el artículo 1.1 TRLRCSVM ha sido recientemente interpretado por el Pleno del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2019, en un caso en el que se discutía sobre la responsabilidad civil por los daños materiales sufridos por los dos vehículos que habían colisionado entre sí sin quedar acreditado quién era el culpable y razona lo siguiente en cuanto a los daños materiales:

1.º. La exigencia de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 comporta que la responsabilidad civil por riesgo (de la circulación) queda sujeta al principio de la inversión de la carga de la prueba sobre accidentes de circulación, que era el que se aplicaba con anterioridad al TRLRCSVM. Es decir, el conductor causante del daño debe probar que actuó diligentemente.

2.º. Rige el principio general del párrafo primero de este artículo, conforme al cual el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación; y, además, el párrafo tercero del artículo 1.1 se remite a «*lo dispuesto en esta ley*». La concurrencia de ambas reglas justifica la inversión de la carga de la prueba; lo que es a su vez coherente con la ampliación de la cobertura del seguro obligatorio a los daños en los bienes desde el Real Decreto Legislativo 1301/1986.

3.º. Si ninguno de los conductores logra probar su falta de culpa o negligencia en la causación del daño al otro vehículo cabrían en principio tres posibles soluciones: (i) que cada conductor indemnice íntegramente los daños del otro vehículo; (ii) que las culpas se neutralicen y entonces ninguno deba indemnizar los daños del otro vehículo; y (iii) que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

4.º. Para la Sala, la tercera solución es la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor, porque, a su juicio, cualquiera de las otras dos, o bien podría privar por completo de indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese logrado probar su falta de culpa, o bien podría dar lugar a que se indemnice por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión, pero sin que exista prueba al respecto¹⁰.

De este modo, es el demandado (conductor, poseedor o propietario) quien debe acreditar su falta de culpa pues con ello se facilita la aplicación del principio general del *alterum non laedere* al mayor número de casos posible, sin que lo anterior suponga implementar la regla de la responsabilidad objetiva. En estos casos, cuando el perjudicado es ajeno a la generación del riesgo, basta con acreditar el resultado dañoso, y que el incendio tuvo su origen en el vehículo del demandado, de modo que, si el incendio procede de un vehículo a motor, cualquiera que sea su causa, corresponde al demandado acreditar la intervención de un agente externo o la concurrencia de un origen diverso al propio uso del vehículo incendiado.

Por este motivo, tal y como se desprende de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 18 de noviembre de 2011, en cuanto a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 217.3 LEC, es la parte demandada la que debe aportar la prueba que pueda servir para desacreditar que se trate de un hecho de la circulación del que deba responder.

Si de lo que se trata es de un incendio en un vehículo a motor en parada o estacionamiento, esta objetivación de responsabilidad queda claramente establecida porque basta con probar que el fuego tiene su origen en el «ámbito de operatividad del demandado». Así, tal y como describe la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 7 de junio de 2016, no es preciso que quede establecido el nexo causal entre el daño y la causa eficiente del fuego, ni mucho menos la culpa, sino que es suficiente que haya un nexo entre el propio incendio y el daño.

Entonces, la atribución de responsabilidad al demandado se producirá cuando se quiebra el principio del *alterum non laedere* (porque ello nos lleva a considerar que ha existido una acción u omisión ilícita) y se acredita la producción de un daño real y efectivo, es decir la perturbación, menoscabo o pérdida de un derecho subjetivo o un interés propio. No se requiere propiamente dicha la prueba de la culpa, sino que se acude a la idea de la responsabilidad por riesgo, de modo que

el demandante debe probar únicamente la producción del incendio causante del daño, pero no la prueba de la concreta causa del mismo, que en muchas ocasiones resulta imposible de concretar. La responsabilidad se le imputa al demandado, salvo si prueba que obró con toda la diligencia exigible para evitar que el evento dañoso llegara a producirse.

II. LA CALIFICACIÓN DEL INCENDIO COMO HECHO DE LA CIRCULACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

1. VEHÍCULOS EN SITUACIÓN DE PARADA O ESTACIONAMIENTO

Si nos preguntamos sobre si el incendio de un vehículo a motor es un hecho de la circulación, resulta que de la lectura del artículo 2.2 del citado RSORC, no puede quedar descartado que lo sea, al no estar contemplado entre las excepciones establecidas por este artículo; y la jurisprudencia se ha encargado de clarificar algunos casos dudosos. Así, podemos establecer las siguientes apreciaciones:

1.º. En la sección 7.ª del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, se regula sobre la parada y el estacionamiento (arts. 39 y 40), resultando aplicables los razonamientos emitidos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 de noviembre de 2011 al apreciar que dada la existencia de esta regulación el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de «hecho de la circulación», salvo que se pruebe otra cosa. De este modo, cuando se produce un incendio en un vehículo en parada o estacionado, este quedará sometido a la legislación espacial en la materia¹¹.

2.º. Cuando nos encontremos ante un hecho de la circulación (dejando a un lado la cuestión del ámbito material y exclusiones, establecidas por el artículo 5 del TRLRCSCV), en caso de ser generador de responsabilidad civil, esta se entenderá cubierta por el seguro obligatorio, pues el espíritu de la legislación aplicable a la materia es que los riesgos derivados a terceros queden debidamente cubiertos en dicho seguro. Así lo declara la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en su Sentencia de 7 de junio de 2016.

Sobre esta cuestión, merece la pena detenerse en los razonamientos formulados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2012. En este caso, un remolque frigorífico en labores del carga en el establecimiento de un supermercado sufrió un incendio por cortocircuito en el compresor frigorífico y, al ser considerado como hecho de la circulación, la Sentencia condena tanto a la aseguradora (Mapfre), como al poseedor del remolque, pues correspondía al demandado-poseedor (por inversión de la carga de la prueba) «acreditar que el incendio tuvo su causa en fuerza mayor ajena al funcionamiento del vehículo y que actuó con la diligencia exigible para su prevención y evitación, a cuyo efecto no es suficiente el cumplimiento de normas reglamentarias» y esto no quedó probado.

En este caso, aunque el vehículo había sido cedido unos cinco meses antes y disponía de certificado oficial sobre su aptitud para ser usado para la finalidad con la que lo estaba siendo en el momento del siniestro, «su uso continuado durante este tiempo —y con posterioridad a dicha inspección— situaba al agente

en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias, averías o defectuosos funcionamiento, con objeto de prevenir daños como los ocasionados». Pues bien, en el caso descrito la responsabilidad civil quedó asentada en que aquel evento fue calificado como «hecho de la circulación», y el poseedor del vehículo foco del incendio no fue capaz de desvirtuar la presunción de culpa.

Si comparamos este caso con el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 1 de diciembre de 2017, resulta que en ambos eventos dañosos la responsabilidad civil queda cubierta por el Seguro Obligatorio de Accidentes, pero mientras que en el caso anterior hubo culpa del poseedor del vehículo, en este otro supuesto de hecho no quedó acreditado tal extremo. En este último, una comunidad de propietarios y un vehículo particular sufrieron daños a consecuencia del incendio producido con origen en otro vehículo que se encontraba estacionado en una de las plazas de garaje cuya titularidad era de un tercero que, además, utilizaba habitualmente el vehículo incendiado. Esta Sentencia, apoyándose en la referida del Tribunal Supremo (entre otras), destaca que «el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo» y que «la diligencia exigible será la necesaria para evitar el resultado a tenor de las circunstancias de personas, tiempo y lugar y del mayor o menor riesgo creado, pues un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta» y, en este caso, a juicio del órgano juzgador, aunque según la prueba pericial el foco del incendio se sitúa en el vehículo en cuestión (causalidad física), y corresponde al propietario (y al poseedor) el cumplimiento de la obligación de conservación y mantenimiento, se había superado la ITV con tres meses de antelación, siendo el vehículo apto para circular, y elementos como «la batería, el alternador y el motor» superaron por tanto esta inspección, encontrándose en buen estado de conservación, con lo que el propietario y el poseedor del vehículo quedaron exonerados de responsabilidad por el evento dañoso. Entonces, al tratarse de un hecho de la circulación, los daños originados por el incendio de este vehículo quedaron cubiertos por el seguro obligatorio.

Como puede comprobarse, la calificación de los hechos como accidente de la circulación es esencial porque supone para el tercero perjudicado (y/o su aseguradora), la posibilidad de reclamar frente a la compañía aseguradora del vehículo «causante del daño», o en su caso, frente al Consorcio de Compensación de Seguros cuando deba responder de conformidad con el artículo 11 del TRLRCSVM.

Esto es lo que creemos que era importante cuando el Tribunal Supremo, por medio de Auto de 30 de enero de 2018, acuerda elevar petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante las dudas generadas por una interpretación amplia del concepto «hecho de la circulación» que llevó a la Audiencia Provincial de Álava a la conclusión de que es hecho de la circulación «el incendio de un vehículo estacionado de forma no permanente por su propietario en una plaza de garaje, cuando la combustión obedezca a causas intrínsecas al vehículo sin que concurra la interferencia del acto de un tercero»; el Tribunal Supremo plantea la duda de si es compatible con la Directiva 2009/103/CE «la declaración de la cobertura del seguro de la circulación en el caso del accidente en el que ha intervenido un vehículo con el motor parado cuando no suponía un riesgo para los usuarios de una vía y cuando no existe una conexión directa con la circulación por no tratarse de una parada en ruta

ni de una parada para descarga. En el caso litigioso, el vehículo no solo estaba parado, sino que se encontraba aparcado en el garaje de una vivienda privada».

Esta petición de decisión prejudicial fue resuelta por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 20 de junio de 2019¹², y concluye que «el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en esta disposición una situación, como la del litigio principal, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio».

En este asunto, se trataba de un vehículo nuevo adquirido diez días antes del incendio ocurrido en el garaje de una vivienda unifamiliar propiedad de una persona jurídica. El vehículo había sido aparcado el día anterior en dicho garaje y arrancado al día siguiente, sin llegar a mover el vehículo, con el objeto de enseñárselo a un vecino; horas más tarde el vehículo comenzó a arder y provocó un incendio que causó daños en la vivienda. La aseguradora con la que se había suscrito un seguro del hogar, y que indemnizó al propietario del inmueble por los perjuicios sufridos, demandó a la compañía con la que el propietario del vehículo había contratado el Seguro Obligatorio de Accidentes, por considerar que los hechos quedaban enmarcados dentro del concepto de «hecho de la circulación».

En las alegaciones presentadas tras la notificación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las partes, la aseguradora del vehículo sinistrado aporta una Sentencia que condena al fabricante del vehículo a abonarle el precio de adquisición del vehículo (más intereses y costas), que es la cantidad que reintegró al propietario del vehículo en cumplimiento de lo establecido en la póliza todo riesgo que había suscrito¹³.

A juicio de la aseguradora recurrente, y este es el enlace con los dos casos anteriormente expuestos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve sobre la consideración de hecho de la circulación, pero no se pronuncia sobre el criterio de imputación del conductor/propietario del vehículo incendiado, por lo que este pronunciamiento no debe servir de fundamento para la desestimación del recurso. Según su criterio, y dado que se trataba de daños a los bienes, la mera tenencia o posesión del vehículo puede suponer un criterio de imputación objetiva del riesgo (sobre todo si se tiene en cuenta que interfiere en la relación causal del resultado la responsabilidad del fabricante), pero el Tribunal Supremo no entró a valorar sobre la cuestión del criterio de imputación porque en el recurso de casación lo único que se plantea es si estamos o no ante un «hecho de la circulación», y fue desestimado (el recurso) en su Sentencia de 17 de diciembre de 2019.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de diciembre de 2019, resuelve sobre una acción de reclamación de cantidad por los daños sufridos en un vehículo que estaba aparcado al incendiarse otro vehículo estacionado, que tenía delante, y señala que la doctrina expuesta es la natural evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo a la cual el concepto de «circulación de vehículos» comprende toda utilización de un vehículo conforme con su función habitual, es decir, «con la

función de medio de transporte, por lo que la utilización de los vehículos no se limita a su conducción», de modo que, tal y como ha quedado establecido, «el estacionamiento o aparcamiento es un hecho de la circulación por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo» y el riesgo objeto de aseguramiento obligatorio comprende «además del ligado a su desplazamiento, también el eventual riesgo que para terceros puede derivar de su incendio, por razón del empleo de sustancias inflamables y de elementos eléctricos para su normal funcionamiento».

Esta resolución condena al propietario del vehículo y su aseguradora tras aplicar la doctrina que estamos analizando, según la cual al demandante le basta con probar la producción del incendio causante del daño, sin que sea necesaria la prueba concreta del incendio (causa eficiente); «de este modo, provocado o generado un incendio dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa (propietario o quien está en contacto con ella) hay que presumir que a él le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso».

Para CALVO BATURONE (2019)¹⁴ el pronunciamiento emitido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de diciembre de 2019 supone «un nuevo criterio a aplicar en este tipo de siniestros, al que habrá que prestar mucha atención para ver cuál será la evolución en su aplicación por los Tribunales»; destaca el autor que parece establecerse una especie de «aseguramiento universal en defensa de los perjudicados y víctimas de accidentes de tráfico, que a su vez impone al sector asegurador la obligación de responder de todos los daños derivados de ellos». Además, señala el autor que «cuando se produzca un incendio en un vehículo estacionado que tenga su origen en elementos endógenos sin intervención de agentes externos, con independencia del lapso temporal y del lugar donde esté estacionado, podremos decir que estamos ante un hecho de la circulación y en consecuencia estará cubierto por el SOA».

Pues bien, a nuestro juicio, y tras el análisis de las Sentencias que hemos traído a colación, aunque no le falta razón al autor sobre que estamos ante una especie de aseguramiento universal, creemos que se puede afirmar más radicalmente que opera si producido un incendio en situación de estacionamiento no pueda ser desligado del vehículo como foco u origen del mismo, bien por la intervención de un tercero, bien por tratarse de un supuesto de fuerza mayor. La calificación del evento dañoso como «hecho de la circulación» ha supuesto una extensión de la responsabilidad civil de las aseguradoras, al quedar cubierto prácticamente siempre un riesgo que antes no lo estaba.

Entonces, si los hechos que se valoran, es decir, por los que se reclama la oportuna responsabilidad civil, no fueran calificados como «de la circulación», no cabría (en principio) su valoración desde la óptica de la responsabilidad objetiva propia de la legislación especial, sino que habría que acudir a las reglas del Código civil, sin presumirse por tanto la culpa al no asumir el agente un riesgo extraordinario. Pero lo que resulta más importante es que estos hechos no quedarían cubiertos por el Seguro Obligatorio de Accidentes. Esta es claramente la crítica que formula SALAS CARCELLER, en el voto particular emitido con motivo de la anteriormente citada Sentencia, de 6 de febrero de 2012, que considera que la responsabilidad que se podía imputar en este caso al propietario o conductor del vehículo, dado que el incendio se produjo por circunstancias absolutamente ajenas a la conducción, «es una responsabilidad civil de carácter general que tiene su propio régimen de exigencia y de aseguramiento, distinto del propio de los vehículos de motor»; defiende, por tanto, que la aseguradora del vehículo

incendiado debía haber sido absuelta, y además que se debía haber condenado al poseedor del remolque a indemnizar a los perjudicados demandantes. De acuerdo con este planteamiento, para que la compañía de seguros tuviera que hacerse cargo de las oportunas indemnizaciones hubiera sido necesario que la cobertura del seguro hubiera sido ampliada a accidentes ajenos al uso y circulación de vehículos de motor¹⁵.

Se pregunta BASOZABAL ARRUE (2015, 201) con relación a este pronunciamiento, si en verdad se le hace responder al conductor por existir un comportamiento culpable, y concluye que no, que «más bien se hace responder al guardián por el hecho de la cosa, a la francesa, extendiendo de manera harto dudosa el ámbito de protección de la norma (de responsabilidad objetiva para la conducción de vehículos) a la explosión del remolque por cortocircuito, con explicaciones sobre la culpa porque es más que dudoso que se le deba hacer responder objetivamente». A nuestro juicio, no le falta razón al autor, de hecho la propia sentencia establece que «sentado que se trató de un hecho de la circulación, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, (...) situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente», pero esto será prácticamente imposible si de lo que se trata es de acreditar que se obró diligentemente.

2. VEHÍCULOS RETIRADOS DE LA CIRCULACIÓN DE MANERA TEMPORAL O DEFINITIVA

Vista la doctrina que se acaba de exponer, nos cuestionamos ahora sobre qué ocurriría si, en vez de tratarse de un vehículo estacionado y en uso, se tratase de un vehículo retirado de la circulación que se incendia. Sobre esta cuestión se debe tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 4 de septiembre de 2018 (Asunto C-80/17)¹⁶, que resuelve sobre un caso en el que un vehículo debidamente matriculado, pero retirado voluntariamente de la circulación por su propietaria (sin haber iniciado los trámites para su baja) y estacionado en el jardín de su casa al no utilizarlo por problemas de salud, había sido utilizado por su hijo sin su consentimiento y sufrió un accidente falleciendo el conductor y los otros dos ocupantes; dado que el vehículo carecía de seguro de responsabilidad civil, el Fondo de Garantía se hizo cargo de la indemnización por los daños causados pero reclamó a la propietaria del vehículo, y a la hija del conductor fallecido.

El Supremo Tribunal de Justicia de Portugal planteó una cuestión prejudicial, preguntando si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva (Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad), debe interpretarse en el sentido de que es obligatorio suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil cuando el vehículo de que se trate se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo. Pues bien, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que «un vehículo matriculado y que, por tanto, no se ha retirado legalmente de la circulación y que es apto para circular responde al concepto de “vehículo”, en el sentido del artículo 1, punto 1, de la Primera Directiva, y, por tanto, no deja de estar sujeto a la obligación de aseguramiento prevista en el artículo 3, apartado 1,

de esta Directiva, por la mera razón de que su propietario ya no tenga intención de conducirlo y lo inmovilice en un terreno privado».

A nuestro parecer, si ese vehículo retirado de la circulación pero no dado de baja se incendiara y no estuviera asegurado debería ser el Fondo de Garantía de cada Estado miembro quien indemnizara por los daños y perjuicios causados, pero tendría la posibilidad de repetir contra el propietario del vehículo si la legislación nacional así lo contempla¹⁷. En el Derecho español se haría cargo el Consorcio de Compensación de Seguros y tendría la posibilidad de repetir contra el propietario del citado vehículo por ser aplicable la regla contemplada en el artículo 1.3 párr. 2.º, del TRLRCSCVM «*el propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por este, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído*».

Mayores dudas se plantean en los casos en que se ha procedido a la baja temporal o definitiva de estos vehículos pues, de acuerdo con el artículo 1.1 del RSORC, «*se exceptúan de la obligación de aseguramiento (...) aquellos vehículos que hayan sido dados de baja de forma temporal o definitiva del Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico*».

En estos casos, sostiene BADILLO ARIAS (2018), aunque pensando en que estos vehículos «en no pocas ocasiones, circulan y ocasionan accidentes de circulación», que se debe hacer una interpretación flexible y considerar que estamos ante «vehículos a motor» a los efectos del TRLRCSCVM, y por tanto, los daños que ocasionen sin el correspondiente seguro, deberían quedar amparados por el Consorcio. Con el mismo criterio FERNÁNDEZ GALLEGO (2016)¹⁸ manifiesta que, aunque los vehículos hayan sido dados de baja en tráfico, estamos ante vehículos a motor y se entiende así porque han tenido esta consideración.

Efectivamente, el artículo 3 del RSORC establece que «*se entenderá que la matrícula ha dejado de corresponder a un vehículo cuando el permiso o licencia de circulación de dicho vehículo ha perdido su vigencia por estar este dado de baja del registro de vehículos del Estado que expidió la matrícula, ya sea de manera definitiva o provisional*». En tal caso, tal y como hemos señalado anteriormente, desaparece la obligación de asegurar por parte del propietario (art. 1.1 RSORC), y le «*corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio: (...) b) Indemnizar los daños en las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España (...) cuando dicho vehículo no esté asegurado*» (11.1.b) del TRLRCSCVM).

Al aplicar este criterio a los supuestos de vehículos dados de baja de manera temporal o definitiva se favorece la protección de las víctimas o perjudicados con independencia de que exista además la posibilidad de repetir contra el propietario. Si el vehículo ha sido dado de baja temporalmente, la opción de que sea el Consorcio de Compensación de Seguros quien cubra la responsabilidad civil parece razonable. En este sentido, estamos completamente de acuerdo con el Abogado General Sr. YVES BOT en el Asunto C-100/18 cuando manifiesta que «un análisis caso por caso de la duración de la utilización previa del vehículo constituye una fuente de inseguridad jurídica»¹⁹.

Ahora bien, se debería propiciar alguna modificación normativa pues si el vehículo de motor se ha dado de baja temporal en el caso contemplado en el artículo 36.1 a) del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, es decir, cuando su titular manifieste expresamente la voluntad de retirarlo temporalmente de la circulación, debería

ser obligatorio suscribir algún tipo de seguro que cubra la responsabilidad civil generada por un vehículo estacionado en una propiedad privada pero dado de baja temporalmente. En este sentido, el Abogado General, Sr MICHAL BOBEK, señala que «el hecho de que el vehículo en general pueda permanecer estacionado durante (dilatados) periodos y, en consecuencia, el riesgo pueda ser mínimo tal vez sea una buena razón para que exista una diferencia entre las primas, pero no para excluir la obligación de asegurar por completo. (...) esto es así, en particular, porque la inexistencia de la obligación de asegurar en principio significaría también la ausencia de una red de seguridad para las indemnizaciones»²⁰.

Por otra parte, si de lo que se trata es de un incendio sufrido por un vehículo dado de baja con carácter definitivo y que ha quedado fuera de la circulación (aunque en algún caso pueda volver a ella y en tal caso es lógica la intervención del Fondo de Garantía), no creemos que el daño que provoque en caso de que quede «inmovilizado e inutilizable» deba quedar cubierto por el Consorcio, sino que la responsabilidad exigible debería ser la que le corresponda al propietario o poseedor de la cosa (el vehículo), pero no por aplicación de la legislación especial en materia de circulación de vehículos a motor; entendemos que esto es así porque en estas circunstancias es dudoso que el vehículo se haya utilizado conforme a su función de medio de transporte pues por mucho que podamos admitir que el vehículo dado de baja sigue siendo un vehículo de motor, es más que dudoso que el evento dañoso pueda entrar en la categoría conceptual de «hecho de la circulación». No obstante, no nos extrañaría que dada la tendencia proteccionista que rige en la materia se le hiciera responsable al Consorcio, que, en este caso, podría después repetir contra el responsable.

III. CONCLUSIONES

I. Del análisis de la jurisprudencia desarrollada en materia de incendios, se desprende que existe una clara tendencia a admitir la «presunción de causalidad» si desconociéndose la causa concreta del incendio es probable que se deba a la conducta o actividad del demandado.

II. Esta regla, que resulta aplicable a los incendios en general, también rige para el caso de incendios de vehículos a motor; de modo que, acreditado que el origen del mismo se sitúa en este ámbito, es el propietario-poseedor quien debe probar que el incendio es ajeno a su esfera de control y vigilancia. El demandante no necesita establecer el nexo causal entre el daño y la causa eficiente del fuego, y tampoco la culpa, sino que le basta que haya un nexo entre el propio incendio y el daño.

III. En el caso de los vehículos a motor la calificación de los hechos como accidente de la circulación es esencial porque si se condena al demandado comporta la posibilidad de que responda la aseguradora del vehículo origen del daño o, en su caso, la del Consorcio de Compensación de Seguros.

IV. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permite afirmar que el concepto de «hecho de la circulación» comprende cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función de medio de transporte, más allá de la mera conducción, de modo que, el estacionamiento o aparcamiento es un uso del vehículo que debe ser considerado como de «circulación de vehículos», y por tanto el riesgo debe quedar cubierto por el seguro obligatorio.

V. Es dudoso que el incendio de un vehículo dado de baja, con carácter temporal o definitivo, que se encuentre aparcado en una propiedad privada, pero

apto para cumplir su función como «medio de transporte», pueda ser calificado como «hecho de la circulación», por las consecuencias que ello comporta en cuanto a la responsabilidad civil y seguro obligatorio.

VI. La aparición de los vehículos autónomos, y la marcada tendencia pro-ccionista hacia los perjudicados en los casos de accidentes de circulación, invitan a una reforma de la legislación aplicable a la materia. Al respecto parece razonable suprimir la dicotomía existente entre responsabilidad por daños personales y materiales tendente a establecer un sistema unificado de responsabilidad objetiva.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, Sala Tercera, de 4 de septiembre de 2014 (Asunto C-162/13)
- STJUE, Gran Sala, de 4 de septiembre de 2018 (Asunto C-80/17)
- STJUE, Sala Segunda, de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS Sala Civil, de 30 de junio de 1959
- STS Sala Civil, de 14 de marzo de 1978
- STS Sala Civil, de 15 de febrero de 2008
- STS Sala Civil, de 28 de mayo de 2008
- STS Sala Civil, de 24 de julio de 2008
- STS Sala Civil, de 2 de diciembre de 2008
- STS Sala Civil, 6 de febrero de 2012
- STS Sala Civil, de 17 de diciembre de 2019

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 18 de noviembre de 2011
- SAP de Islas Baleares, Sección 5.^a, 7 de junio de 2016
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 1 de diciembre de 2017
- SAP de Madrid, Sección 20.^a, de 27 de febrero de 2018
- SAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 9 de diciembre de 2019

V. BIBLIOGRAFÍA

- BADILLO ARIAS, J.A. (2018). La obligación del propietario de un vehículo a motor de suscribir el seguro de responsabilidad civil obligatorio: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2018 en el asunto prejudicial C-80/2017, *Consorsegueros*, núm. 9, Otoño. Disponible en <http://www.conorseguerosdigital.com/es/numero-09/portada/la-obligacion-del-propietario-de-un-vehiculo-de-suscribir-el-seguro-obligatorio>
- BARRENECHEA CORREA, G. (2013). La carga de la prueba: inversión (supuestos) y excepciones, en *Economist & Jurist*, vol. 21, núm. 173, 76 a 84.

- BASOZABAL ARRUE, X. (2015). *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- CALVO BATURONE, M. (2019). El incendio de vehículo en situación de estacionamiento o parada y su consideración como hecho de la circulación, *Revista de Responsabilidad y Seguro*, núm. 72, Cuarto Trimestre, 9 a 30.
- FERNÁNDEZ GALLEGO, M.M. (2016), *Responsabilidad civil y entidades aseguradoras. El derecho de repetición en el seguro del automóvil* (2016), Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 64 y 65. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/373914>
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2006). Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil, *Indret*, núm. 2, 15 y 16. Disponible en <https://indret.com/causalidad-alternativa-e-indeterminacion-del-causante-del-dano-en-la-responsabilidad-civil/?edicion=2.06>
- REGLERO CAMPOS, L.F. y MEDINA ALCOZ, L. (2014). El nexos causal. La pérdida de oportunidad, Las causas exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor, en Reglero Campos, L.F y Bustos Lago, J.M. (Coords.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, T.I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 767 a 970.
- ROGEL VIDE, C. (1979). Responsabilidad civil extracontractual, culpa objetiva o por riesgo. Falta y relación de causalidad. Inversión de la carga de la prueba, *ADC*, 267 a 280.
- TORROBA DÍAZ, J. (2019): La responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos autónomos, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 6 a 26.

NOTAS

¹ Con la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, la citada ley pasará a denominarse Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor.

² De haberse sustanciado la discusión en el ámbito de la responsabilidad civil del progenitor, hubiera quedado igualmente su responsabilidad por culpa *in vigilando o in educando*, pues por mucho que, conforme al propio artículo 1903 del Código civil, quepa la negación de tal responsabilidad si prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, esta prueba de la diligencia no se admite en la práctica si se acredita que el daño ha sido causado por el menor.

³ Hasta la aprobación del Real Decreto Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, esta se situaba en los 21 años.

⁴ Entre los hechos que habían quedado acreditados se relatan los siguientes: Paso de un camión por el mismo camino noventa minutos antes que el descubrimiento del fuego; existía otro tractor perteneciente al demandante junto a los amontonamientos de paja; había una máquina en marcha que hacía funcionar una cinta transportadora, hasta que poco antes del incendio los operarios descansaron para comer; alguno de los obreros había reconocido tener el hábito de fumar; y la carretera no estaba demasiado lejos, y aquel día soplaban un fuerte viento. Además, nadie vio salir chispas por el tubo de escape del tractor del demandado.

⁵ La STS (Sala 1.ª) de 30 de junio de 1959, consolidó la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, que resuelve un caso en el que se produjo una explosión en los locales de unos laboratorios cinematográficos y tras la misma un incendio que se propagó a la vivienda contigua.

⁶ Visto el caso desde una perspectiva actual, y de acuerdo con la Directiva 2009/103/CE, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta

de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, los hechos sobre los que resuelve la sentencia entrarían en el ámbito de protección contemplado en su artículo 3. En este sentido, la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk (C-162/13), que trataba de una maniobra de marcha atrás de un tractor agrícola, el Tribunal de Justicia declaró que la «circulación de vehículos» incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Puede consultarse esta Sentencia en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=157341&doclang=ES>

⁷ Páginas 15 y 16.

⁸ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008 resuelve sobre un caso en el que se produce un incendio al dejar toda la noche una alargadera enchufada con varios objetos conectados, e imputa la responsabilidad al demandado en atención al deber de control y vigilancia en el ámbito doméstico; además presume la culpa, y traslada la carga de la prueba al propietario o poseedor; a quien le corresponderá acreditar el origen externo del incendio y que queda fuera de su ámbito de control.

⁹ Páginas 195 a 202.

¹⁰ A nuestro juicio la solución aportada por esta Sentencia para el caso de colisión entre dos vehículos será difícilmente aplicable cuando se haya producido el incendio de uno o varios vehículos estacionados sin poder determinarse el foco del mismo porque, en tales circunstancias, no habrá quedado acreditado el nexo causal y será difícil llegar a la conclusión de que estamos ante un hecho de la circulación.

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2008 reconoce como hecho de la circulación «el caso de que el vehículo se halle aparcado por una parada efectuada durante un trayecto, ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales, para facilitar el debido descanso del conductor».

¹² Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215249&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11713251>

¹³ La Sentencia de 27 de febrero de 2018 de la Audiencia Provincial (Sección 20.ª) de Madrid resuelve sobre este procedimiento en que la aseguradora, demandante por responsabilidad civil por productos defectuosos, «atribuye la causa del incendio a un fallo eléctrico, propio del vehículo por calentamiento de la placa electrónica de mando y control del cuadro de instrumentos, situada detrás del volante del vehículo, por cuanto desde la adquisición del vehículo, pocos días antes de que se incendiara, no realizó ningún tipo de manipulación sobre el mismo». Por su parte la parte demandada sostiene que «el origen del incendio se encuentra en elementos externos al vehículo y sustenta dicha apreciación en el hecho de que en el informe de los bomberos se refleja que las ventanas estaban abiertas, incluido el techo corredizo, de manera que conforme señala su perito, descartado el derrame de combustible y la producción del cortocircuito como origen del incendio», lo que le induce a pensar que el incendio se originó «por algún elemento exterior que pudo caer al interior del vehículo cuando comenzó a arder, apreciaciones insuficientes para desvirtuar las causas que señala el perito de la demandante (...), que es a lo que viene obligado a acreditar, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que opera en estas reclamaciones».

¹⁴ Páginas 28 y 29.

¹⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2008, condenó a la aseguradora de un vehículo que había sufrido un incendio por «la ignición de, al menos, una garrafa de gasolina que transportaba el conductor del vehículo» cuando se hallaba detenido ante un semáforo en rojo.

¹⁶ Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-80/17>

¹⁷ El Tribunal resuelve además sobre una segunda cuestión prejudicial en la que se plantea si el Fondo de Garantía puede repetir contra la propietaria del vehículo, que no ha sido responsable del accidente y que, además, no consintió ni autorizó la utilización de su vehículo y establece que «el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece

que el organismo previsto en esa disposición tiene derecho a interponer recurso, además de contra el responsable o los responsables del accidente, contra la persona que estaba sujeta a la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo que haya causado los daños indemnizados por este organismo, pero no había suscrito ningún contrato a tal efecto, aun cuando dicha persona no sea civilmente responsable del accidente en el que tales daños se produzcan».

¹⁸ Páginas 64 y 65.

¹⁹ Conclusión 34 de las Conclusiones del Abogado General SR. YVES BOT presentadas el 28 de febrero de 2019, Asunto C-100/18, Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211191&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12137113>

²⁰ Conclusiones del Abogado General SR. MICHAL BOBEK presentadas el 26 de abril de 2018 en el Asunto C-80/17, Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça de Portugal; Véanse en particular las Conclusiones 86 a 89. Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201496&doclang=ES#Footref1>

1.7. Concursal

Arrendamientos urbanos, epidemia
del COVID-19 y estado de alarma (II).
Suspensión de los desahucios con arreglo
al Real Decreto Ley 37/2020, de 23 de diciembre

*Urban leases, COVID-19 epidemic
and state of alarm (II).
Suspension of evictions in accordance with
Royal Decree Law 37/2020, of December 23*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada a Profesor titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El Real Decreto Ley 11/2020 tiene su origen en el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020 e introduce una serie de medidas en beneficio de los arrendatarios considerados vulnerables, si bien la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y la moratoria voluntaria pactada con el arrendador que no es gran tenedor no exigen ese requisito de vulnerabilidad en el arrendatario. Recientes normas han introducido modificaciones en los plazos de solicitud de esas medidas (así para la moratoria arrendaticia en caso de arrendador gran tenedor, para los préstamos avalados por el Estado y para las ayudas del Plan Estatal de Vivienda) o en el periodo durante el cual puede producirse el vencimiento del contrato (en el caso de la prórroga extraordinaria del mismo). Pero la medida más trascendental, por afectar a la esencia misma del derecho de propiedad, es la suspensión de los desahucios por impago de rentas o cantidades asimiladas y por expiración del plazo contractual en caso de vulnerabilidad del arrendatario consecuencia de los efectos de la epidemia del COVID-19. En este sentido, el Real Decreto Ley 37/2020 ha modificado el Real Decreto Ley 11/2020 (art. 1), para prever una suspensión de los procesos de desahucio mencionados, o de los lanzamientos, hasta el 8 de mayo de 2021 (incluido), fecha en que finaliza el segundo estado de alarma decretado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. El propio legislador, consciente del carácter expropiatorio de la medida, prevé una compensación para los arrendadores siempre que concurren ciertos requisitos (así, que las administraciones públicas tarden más de 3 meses desde la emisión del informe por los servicios sociales en adoptar las medidas que garanticen la necesidad habitacional del hogar vulnerable).

ABSTRACT: *Royal Decree Law 11/2020 has its origin in the state of alarm decreed on March 14, 2020 and introduces a series of measures for the benefit of tenants considered vulnerable, although the extraordinary extension of housing lease contracts and the voluntary moratorium agreed with the lessor who is not a large holder do not require this vulnerability requirement in the tenant. Recent regulations have introduced modifications in the application deadlines for these measures (for the rental moratorium in the case of a large landlord; for loans guaranteed by the State and for State Housing Plan aid) or in the period during which the contract may expire (in the case of an extraordinary extension of the contract). But the most important measure, because it affects the very essence of property rights, is the suspension of evictions due to non-payment of rents or similar amounts and due to expiration of the contractual term in case of vulnerability of the tenant as a result of the effects of the epidemic of the COVID-19. In this sense, Royal Decree Law 37/2020 has modified Royal Decree Law 11/2020 (article 1), to provide for a suspension of the aforementioned eviction processes, or of the launches, until May 8 2021 (included), the date on which the second state of alarm decreed by Royal Decree 926/2020, of October 25 and extended by Royal Decree 956/2020, of November 3, ends. The legislator himself, aware of the expropriating nature of the measure, provides compensation for landlords, provided that certain requirements are met (thus, that public administrations take more than 3 months from the issuance of the report by the social services, to adopt the measures that guarantee the housing need of the vulnerable home).*

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Epidemia del COVID-19. Suspensión de los desahucios.

KEY WORDS: *Urban leases. Covid-19 epidemic. Suspension of evictions.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS POR IMPAGO DE RENTAS ARRENDATICIAS O VENCIMIENTO DEL CONTRATO: 1. DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DEL REAL DECRETO LEY 11/2020, ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR REAL DECRETO LEY 37/2020. 2. DE ACUERDO CON LA REFORMA OPERADA POR REAL DECRETO LEY 37/2020.—III. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL.—IV. MORATORIA ARRENDATICIA EN CASO DE ARRENDADOR GRAN TENEDOR.—V. AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN (PRÉSTAMOS AVALADOS Y SUBVENCIONADOS POR EL ESTADO).—VI. AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO A INQUILINOS CON DIFICULTADES PARA DEVOLVER LAS AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La situación de parálisis a que se ha abocado al conjunto de la sociedad española (y a su tejido productivo) por las decisiones de confinamiento y verdadera expropiación del derecho al trabajo (consecuencia de la regulación del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que entró en vigor ese mismo día, y sus prórrogas; del Real Decreto

Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales y del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara [nuevamente] el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2 y su prórroga por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta las 24 horas del día 8 de mayo de 2021) han determinado directamente la pérdida o reducción de ingresos de buena parte de la población, singularmente trabajadores autónomos, pequeños y medianos empresarios y trabajadores por cuenta ajena. Ello lógicamente repercute en su capacidad para hacer frente a los gastos cotidianos, entre los que se encuentra el pago de la renta arrendaticia de su vivienda habitual. Ante dicha situación, el legislador ha adoptado medidas en el ámbito del arrendamiento de vivienda (RD-Ley 11/2020) consistentes en una moratoria del pago de la renta arrendaticia por arrendadores que tengan la condición de grandes tenedores (art. 4), la solicitud de préstamos avalados y subvencionados por el Estado para el pago de la renta arrendaticia (art. 9), ayudas directas para el abono de la renta o la devolución de dichos préstamos (art. 10), la adjudicación de soluciones habitacionales (art. 11) en los términos que ya explicamos¹, así como la suspensión extraordinaria de los procesos de desahucio arrendaticio (art. 1), medidas todas ellas para cuya aplicación se requiere que el arrendatario de vivienda habitual se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, que define la situación de vulnerabilidad económica derivada de la epidemia del COVID-19².

A estas medidas se añaden la medida de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2), así como la incentivación para que el arrendador que no es gran tenedor y el arrendatario verifiquen una novación modificativa objetiva del contrato (art. 8), medidas estas para las que no es preciso que el inquilino se encuentre en esa situación de vulnerabilidad económica.

En fechas recientes se ha publicado el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo cuya disposición final cuarta modifica el Real Decreto Ley 11/2020 de 31 de marzo. Igualmente se han publicado la Orden TMA/924/2020, de 29 de septiembre; la Orden TMA/1134/2020, de 30 de noviembre; la Orden TMA/930/2020, de 29 de septiembre y el Real Decreto 1084/2020, de 9 de diciembre. Estas normas han introducido modificaciones en algunas de dichas medidas, las cuales pasamos a comentar a continuación.

Finalmente, se ha publicado el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, que afecta a la medida de suspensión de los desahucios por impago de rentas y al que dedicaremos particular atención.

No obstante, como ya dijimos en un trabajo anterior, la mejor solución pasa porque arrendador y arrendatario alcancen un acuerdo. En este sentido indicábamos que la parte más acertada del Real Decreto Ley 11/2020 es la que fomenta el acuerdo entre arrendador que no es gran tenedor, ni empresa o entidad pública de vivienda y el arrendatario (art. 8). Pues las soluciones pactadas entre las partes y alcanzadas extrajudicialmente son las que mejor pueden responder a los intereses de arrendador e inquilino³.

II. SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS POR IMPAGO DE RENTAS ARRENDATICIAS O VENCIMIENTO DEL CONTRATO

1. DE ACUERDO CON LA REDACCIÓN DEL REAL DECRETO LEY 11/2020, ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR REAL DECRETO LEY 37/2020

El Real Decreto Ley 11/2020 fue recientemente modificado por el Real Decreto Ley 30/2020 de 29 de septiembre para ampliar la suspensión de los procesos de desahucio hasta el 31 de enero de 2021. De acuerdo con la disposición final cuarta del mismo «una vez levantada la suspensión de todos los términos y plazos procesales por la finalización del estado de alarma [declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo]⁴, en la tramitación del procedimiento de desahucio regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derivado de contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que la persona arrendataria acredite ante el juzgado encontrarse en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, esta circunstancia será comunicada por el letrado de la Administración de Justicia a los servicios sociales competentes y se iniciará una suspensión extraordinaria del acto de lanzamiento. Si no estuviese señalado, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista *hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales competentes estimen oportunas, por un periodo máximo hasta el 31 de enero de 2021*».

Es decir, el letrado de la Administración de Justicia deberá comunicar la circunstancia de vulnerabilidad acreditada ante el juzgado a efectos de que pueda suspenderse de forma extraordinaria el acto de lanzamiento (o el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 de la LEC o la celebración de vista), hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, y en todo caso, hasta el 31 de enero de 2021, como fecha límite⁵.

Si la suspensión del lanzamiento afectase a arrendadores vulnerables (arts. 5 y 6 RD-Ley 11/2020), el letrado de la Administración de Justicia deberá comunicarlo también a los servicios sociales competentes para su consideración en la definición de las medidas de protección social a adoptar y en el establecimiento del plazo de suspensión extraordinaria (art. 1.4 RD-Ley 11/2020).

Una vez que los servicios sociales remitan su informe al juzgado, el letrado de la Administración de Justicia decretará la suspensión extraordinaria con carácter retroactivo a la fecha en que aquella se produjo (fecha de comunicación a los servicios sociales), por el tiempo estrictamente necesario, atendido el informe de los servicios sociales, y en todo caso, hasta el 31 de enero de 2021, para que se adopten las medidas que se hayan entendido oportunas. El decreto que fije la suspensión señalará expresamente que transcurrido el plazo fijado, se reanudará el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil o se señalará fecha para la vista o se procederá al lanzamiento.

Se trata de una suspensión del procedimiento y no exclusivamente del lanzamiento en sí⁶.

A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona arrendataria por la mera presentación de la solicitud de suspensión⁷.

Dada la especialidad del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, para resolver la suspensión de los lanzamientos y procesos de desahucio con fundamento en la vulnerabilidad económica ocasionada por los efectos del COVID-19, el artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (introducido por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo), quedaría como norma general (suspensión ordinaria) para resolver supuestos de vulnerabilidad distintos.

Esta medida de suspensión no se aplicaría a los desahucios derivados de la expiración del plazo contractual⁸.

2. DE ACUERDO CON LA REFORMA OPERADA POR REAL DECRETO LEY 37/2020

El Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, da nueva rúbrica y contenido al artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020. De acuerdo con esta nueva redacción, desde la entrada en vigor de este último, o sea, desde el 2 de abril de 2020, hasta el 8 de mayo de 2021 (incluido), en todos los juicios verbales que versen sobre reclamación de renta u otras cantidades debidas por el arrendatario o incluso por expiración del plazo contractual (lo que es una novedad respecto del texto anterior), siempre que el contrato de arrendamiento se haya suscrito con arreglo a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y se pretenda por el arrendador recuperar la posesión de la finca, se hubiera producido ya o no en el juicio verbal una suspensión del proceso por aplicación del artículo 441.5 LEC, el arrendatario podrá instar, de conformidad con lo previsto en el nuevo artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, un incidente extraordinario de suspensión del lanzamiento, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Igualmente, si no estuviese fijada fecha para el lanzamiento, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá igualmente de forma extraordinaria dicho plazo o la celebración de vista.

El precepto indica que la medida de suspensión es extraordinaria y temporal, fijando como límite para la misma la finalización del nuevo estado de alarma el 9 de mayo de 2021, fecha en que se alzarán la suspensión.

Como requisitos materiales para que opere la suspensión, el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 11/2020, en su nueva redacción, señala que el arrendatario deberá acreditar encontrarse en alguno de los supuestos de vulnerabilidad descritos bajo la letras a) y b) del artículo 5 del Real Decreto Ley, o sea, con carácter general, que el arrendatario se encuentra en circunstancias que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar en el mes anterior a la solicitud de suspensión el límite de tres veces el IPREM mensual; y que la renta arrendaticia más los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al arrendatario (suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, servicios de telecomunicación fija y móvil y, en su caso, las contribuciones a la comunidad de propietarios) resulte superior o igual al 35 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

Si bien el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 11/2020 en su nueva redacción no menciona expresamente la necesidad de concurrencia de los requisitos del artículo 5.3 relativos a que ni el arrendatario ni cualquiera de los miembros de la unidad familiar (art. 5.2) sea propietario o usufructuario de alguna vivienda

en España, dicho requisito es también exigible en virtud de una interpretación sistemática y dada la *ratio legis* de la norma que pretende proteger a *hogares vulnerables sin alternativa habitacional*.

Todos estos extremos deberán acreditarse mediante la documentación a que hace referencia el artículo 6.1 del Real Decreto Ley 11/2020, por lo que no cabe recurrir a la declaración responsable regulada en el artículo 6.2.

El letrado de la Administración de Justicia dará traslado al demandante de la condición vulnerable de su arrendatario, para que en el plazo máximo de diez días pueda acreditar ante el juzgado, por los mismos medios, encontrarse igualmente en la situación de vulnerabilidad descrita en la letra a) del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 (pérdida sustancial de ingresos) o en riesgo de situarse en ella, en caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento (y se le impida, por lo tanto, constituir un nuevo arrendamiento). La titularidad de otras propiedades arrendadas o no, por parte del arrendador, no excluirá en mi opinión la condición de arrendador vulnerable, pues la vulnerabilidad del mismo viene determinada por el nivel mensual de ingresos (de líquido disponible), no por número de activos ilíquidos que no permitan obtener frutos, pudiendo darse el caso de que el inmueble objeto de desahucio sea precisamente el que con mayor facilidad permita obtener rentas.

Una vez presentados los escritos de solicitud y documentación acreditativa de las circunstancias de vulnerabilidad, el letrado de la Administración de Justicia deberá trasladar inmediatamente a los servicios sociales competentes toda la documentación y solicitará a dichos servicios que emitan un informe en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, identificando las medidas a aplicar por la administración competente. Los informes de servicios sociales podrán ofrecer una solución habitacional alternativa aplicando las ayudas del «Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables» o cualesquiera otras ayudas del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (p.e., Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual *ex* artículo 10 RD-Ley 11/2020), sin perjuicio de las que puedan establecer para el mismo fin las administraciones públicas autonómicas y locales (disposición adicional primera.1 RD-Ley 37/2020).

A la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales, el juez dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento o la continuación del procedimiento. Acordará la suspensión siempre que a su juicio conste acreditada la situación de vulnerabilidad económica del arrendatario y que, en su caso, aun concurriendo la existencia de un arrendador vulnerable, la vulnerabilidad de este no deba prevalecer sobre la del arrendatario determinando el fallo. Acordará la continuación del procedimiento en el caso de que la vulnerabilidad del arrendatario no hubiera quedado acreditada o bien, habiendo quedado acreditada, deba prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente que finalizado el estado de alarma se reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o se señalará fecha para la celebración de vista y, en su caso, del lanzamiento según el estado en que se encuentre el proceso.

Este juicio del juzgador implica una verdadera expropiación por el Estado del *ius possidendi* o derecho a poseer del *dominus*, que es una facultad inherente al dominio y que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad

(art. 33 CE). Y ello en la medida en que no es la resolución del contrato por el que se cedió tal *ius possidendi* al arrendatario el que determina la recuperación anticipada de la posesión por el propietario (o, en su caso, el vencimiento del contrato), sino una decisión de un poder estatal basada en la apreciación de unos servicios sociales sobre las condiciones subjetivas de terceros que están obligados a respetar el derecho de propiedad, servicios sociales que se convierten así en verdaderos árbitros de un derecho de propiedad que cumple la función social de servir a tal o cual individuo (el que decida el Estado) al margen de toda titularidad exclusiva y excluyente. Y prueba de que el legislador es consciente de esta expropiación es la suerte de compensación que regula en la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, así como la información que los servicios sociales de las comunidades autónomas deben remitir con carácter mensual al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, sobre las comunicaciones recibidas, los informes emitidos, el plazo de emisión de estos y las medidas sociales adoptadas (disposición adicional primera Real Decreto Ley 37/2020).

Determinada la suspensión del procedimiento o del lanzamiento, las Administraciones públicas disponen de un largo plazo (hasta la conclusión del estado de alarma el 8 de mayo a las 24 horas) para adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna (necesidad habitacional y acceso a una vivienda digna que mientras tanto está proporcionando de manera forzosa el propietario, cuando tal derecho según el artículo 47 CE, no es un derecho ejercitable frente al Estado o frente a cualquier ciudadano sino un principio rector de la política económica y social).

Para compeler a la administración competente a una mayor agilidad, en la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 37/2020, se prevé que si transcurrieren tres meses desde la emisión del informe por servicios sociales sin que tal administración adoptara las medidas indicadas por aquellos para facilitar el acceso a una vivienda digna, el arrendador tendrá derecho a solicitar una compensación consistente en el valor medio del alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador.

Dicho valor medio se determinará a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de la vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado del arrendamiento.

Tal valor medio mensual más los gastos corrientes señalados se percibirá por el periodo comprendido entre el auto por el que se decreta la suspensión y el momento en que la misma se levante por el Tribunal (a consecuencia de la comunicación por la administración competente de la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 1.4.2.º RD-Ley 11/2020, lo que motivará que el letrado de la Administración de Justicia dicte en un máximo de tres días decreto acordando el levantamiento de la suspensión) o bien por finalizar el estado de alarma.

En todo caso, si el valor medio mensual (así calculado) fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en la renta dejada de percibir durante el mismo periodo más los gastos corrientes.

Esta solicitud de compensación podrá presentarse hasta un mes después de la vigencia del estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, debiendo formular el arrendador una exposición razonada y justificada

de la compensación que considere procedente sobre las base de los criterios indicados anteriormente⁹.

Como hemos indicado antes, la suspensión concluye cuando la Administración competente comunica al juzgado que ha aplicado las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad que garanticen su acceso a una vivienda digna. En este caso, el letrado de la Administración de Justicia deberá dictar en el plazo máximo de tres días decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento. El mismo decreto, y en el mismo plazo, deberá dictarse cuando la suspensión concluya por haber transcurrido el estado de alarma.

Queda la cuestión del Derecho transitorio, es decir, el régimen aplicable a los procedimientos en curso a 23 de diciembre de 2020 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020 *ex* disposición final segunda). De acuerdo con la disposición transitoria primera la nueva redacción del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 se aplicará a los desahucios por impago de rentas o por expiración del contrato que se inicien tras su entrada en vigor. También se aplicará a los procedimientos que a dicha fecha encuentren tramitándose ante los órganos judiciales, incluso cuando ya se hubiera decretado la suspensión conforme a las redacciones anteriores del Real Decreto Ley 11/2020, lo que significa que si el letrado de la Administración de Justicia había decretado la suspensión con efectos retroactivos, dicha suspensión se extenderá como máximo hasta el 8 de mayo de 2021. Debiendo proceder la Administración competente y el juzgado en los términos indicados en el artículo 1.4.2.º del Real Decreto Ley 11/2020, en su nueva redacción. No obstante, el arrendador no tendrá derecho a la compensación económica tal y como se desprende de la disposición transitoria primera.2 según la cual «la compensación establecida en la disposición adicional tercera será aplicable, en los términos y condiciones establecidos, a todos los procedimientos en los que se dicte la suspensión desde la entrada en vigor de este real decreto ley...». Por lo que a pesar de soportar los nuevos plazos de suspensión, los arrendadores cuyos procedimientos de desahucio por impago de rentas hubieran sido suspendidos antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020, de forma discriminatoria parecen no gozar de derecho a compensación (cuando sufren la misma privación del *ius possidendi* y por idénticos plazos).

Si en los procedimientos en curso a fecha 23 de diciembre de 2020, aun no se hubiera decretado la suspensión, deberá procederse con arreglo a la nueva regulación (art. 1.2, 3, 4 y 5 RD-Ley 11/2020 en su nueva redacción). Si el procedimiento en curso fuera un desahucio por expiración del contrato, igualmente deberá procederse con arreglo a dichos preceptos.

Si en los juicios verbales de desahucio por expiración del contrato pendientes a fecha 23 de diciembre de 2020, se hubiera procedido con arreglo al artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun así también procederá aplicar la nueva regulación del artículo 1 Real Decreto Ley 11/2020 y tramitar el incidente extraordinario de suspensión siempre que lo incoe el arrendatario que acredite los requisitos del artículo 1.2 de dicho Real Decreto en su nueva redacción.

No obstante lo anterior, los procedimientos de desahucio vigentes a 23 de diciembre de 2020, que se hubieran suspendido a instancia del arrendatario con arreglo a la redacción anterior del Real Decreto Ley 11/2020, y en los que el letrado de la Administración de Justicia hubiere decretado la continuación del procedimiento por haber apreciado servicios sociales con arreglo al artículo 1.4 la vulnerabilidad del arrendador, continuarán tramitándose hasta el fin del pro-

cedimiento (lanzamiento del inquilino), no siendo de aplicación la suspensión a que se refiere el Real Decreto Ley 11/2020, en redacción dada por el Real Decreto Ley 37/2020.

En todo caso, para que opere la suspensión, el procedimiento de desahucio por impago de rentas debe obedecer a *impagos posteriores al 14 de marzo de 2020*, o sea, producidos durante el primer estado de alarma y haberse interpuesto tras dicha fecha. De manera que si el procedimiento de desahucio estaba iniciado antes de dicha fecha es evidente que no puede alegarse la vulnerabilidad derivada de los efectos del COVID-19, pues, en todo caso, tal vulnerabilidad se produjo antes y por otras causas. Tampoco podrá alegarse tal vulnerabilidad si los impagos fuesen anteriores al 14 de marzo de 2020 aunque el procedimiento no se haya iniciado hasta el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales.

En cuanto al desahucio por expiración del contrato debe obedecer a la extinción del mismo entre el 14 de marzo de 2020 y el 2 de abril de 2020 ya que a partir de dicha fecha cabe la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en los términos que explicamos en el epígrafe siguiente.

III. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL

De acuerdo con la disposición final cuarta del Real Decreto Ley 30/2020, el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020, pasa a tener la siguiente redacción (destacamos en cursiva las novedades respecto de la redacción anterior):

«En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido *desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley hasta el 31 de enero de 2021*, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, *salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial*».

El precepto prevé que los arrendamientos de *vivienda habitual* (no así de temporada) sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos que finalicen (bien sea la prórroga legal, la prórroga tácita o el plazo superior fijado por las partes, ya que la *ratio* de la norma también está presente en este último supuesto) *en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2020 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020)¹⁰ y el 31 de enero de 2021*, quedarán prorrogados extraordinariamente por un periodo máximo de 6 meses, *desde la fecha de vencimiento¹¹*.

Con anterioridad, el Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transporte y vivienda, disposición final novena, estableció que la finalización del contrato podría tener lugar hasta el 30 de septiembre de 2020.

La prórroga no es automática sino que debe ser solicitada por el inquilino antes del 31 de enero de 2021 y, concurrentemente, antes del vencimiento del contrato¹². Una vez solicitada debe ser aceptada por el arrendador salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo de las partes (luego la norma es dispositiva y supletoria para el caso de falta de acuerdo).

La prórroga tiene lugar incluso aunque el arrendador haya notificado al arrendatario con anterioridad el final del contrato. Tal notificación no modifica el derecho del arrendatario a la prórroga extraordinaria¹³.

La prórroga se establece porque pueden vencer en el periodo señalado contratos de alquiler sujetos a la LAU 1994 en redacción dada por Ley 4/2013, bien sea su prórroga obligatoria de tres años o la tácita de un año. No pueden, en cambio, vencer en dicho periodo ni los contratos sujetos al Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, ni los sujetos al Real Decreto Ley 6/2019, puesto que su prórroga obligatoria es de cinco años (o siete, si el arrendador es persona jurídica) y su prórroga tácita, de tres años¹⁴.

Durante el plazo de prórroga extraordinaria del contrato se seguirán aplicando las condiciones establecidas en el contrato que se prorroga (salvo que las partes pacten otras), sin que pueda procederse al desahucio por expiración del contrato¹⁵.

Como novedad, el precepto hace mención ahora al artículo 9.3 de la Ley 29/1994. En este caso hay que acreditar la necesidad del arrendador o de las personas mencionadas en dicho precepto, siendo preciso también que el nuevo ocupante tenga suficientes medios económicos para vivir con independencia, conforme doctrina del Tribunal Supremo. Si el arrendatario se negase a entregar la vivienda sería preciso interponer un proceso declarativo (art. 249.1.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para acreditar la necesidad e indemnizar al arrendatario con arreglo al artículo 9.3 Ley 29/1994¹⁶.

IV. MORATORIA ARRENDATICIA EN CASO DE ARRENDADOR GRAN TENEDOR

El artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 estableció para el caso de que el arrendador fuera un gran tenedor, una moratoria forzosa o, alternativamente, una condonación del 50 % de la renta arrendaticia.

El apartado 1 del artículo 4 de dicho real decreto ley tiene actualmente la siguiente redacción tras ser reformado por el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medias sociales en defensa del empleo:

«La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m², hasta el 31 de enero de 2021, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta,

siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes».

La novedad del precepto consiste, pues, en ampliar el plazo de solicitud de esta medida que inicialmente era de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 (2 de abril de 2020), hasta el 31 de enero de 2021.

Con anterioridad, el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, vigente desde el 30 de abril de 2020, amplió el plazo de solicitud de la moratoria de un mes (plazo inicial) a *tres meses*, concluyendo, por lo tanto, el 2 de julio de 2020 (disposición final 4.^a RD-Ley 16/2020). La disposición final novena.2 del Real Decreto Ley 26/2020 *amplió nuevamente el plazo de solicitud hasta el 30 de septiembre de 2020*. Ahora bien, este real decreto ley entró en vigor, de acuerdo con su disposición final decimosexta, el 9 de julio de 2020. Por ello, como señala LOSCERTALES FUERTES, desde el 3 de julio de 2020 hasta el 8 de julio de 2020, *hubo un lapso temporal durante el cual esta medida no pudo aplicarse por no estar vigente*¹⁷.

En todo caso, como el Real Decreto Ley 30/2020 entró en vigor el mismo 30 de septiembre de 2020, hay que entender que en esta última ampliación del plazo de petición de la moratoria hasta 31 de enero de 2021 sí hay continuidad temporal.

En relación con esta moratoria establecida con carácter forzoso para el arrendador, siempre que el arrendatario acredite una situación de vulnerabilidad económica (art. 5 RD-Ley 11/2020) y que el arrendador sea considerado gran tenedor, la primera cuestión a determinar es qué arrendador es gran tenedor.

Para ostentar dicha cualidad el Real Decreto Ley 11/2020 considera que la persona física o jurídica ha de ser titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o bien de una superficie construida de más de 1500 m².

Una empresa que no reuniese estos requisitos de titularidad inmobiliaria no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 del Real Decreto Ley 11/2020 debiendo incardinarse su situación dentro del artículo 8 de la norma (moratoria voluntaria). Además, cuando el artículo 4 habla en su rúbrica de «empresas», se refiere a *empresas públicas de vivienda* pues la rúbrica tiene dos periodos «aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores [primer periodo] y empresas o entidades *públicas de vivienda* [segundo periodo]».

La doctrina se ha planteado si para el cómputo de los más de diez inmuebles urbanos deben contabilizarse o no los locales. Se ha considerado que como el Real Decreto Ley 11/2020 se refiere solo a viviendas, «debe entenderse que ese número y superficie se refiere exclusivamente a pisos o apartamentos», pudiendo radicar en la misma o en diversa población. Además a efectos del cómputo de tales inmuebles no se tendría en cuenta los que se disfrutasen en copropiedad, ya que son inmuebles de los que no puede el arrendador disponer libremente¹⁸.

En todo caso, habría que excluir para el cómputo, bien de los más de diez inmuebles, o bien de los 1500 m² construidos, los garajes y trasteros¹⁹.

En cualquier caso hay que tener presente que no debería ser el número de inmuebles, el que determinase el concepto de gran tenedor sino el valor catastral de los mismos pues once pisos o apartamentos, en función de las condiciones del edificio, ubicación, antigüedad, etc., pueden tener un valor muy inferior al que ostenta una sola vivienda de 1000 m², por ejemplo. La norma expropia al pequeño y mediano propietario los frutos civiles de su propiedad, cuando la mayoría de arrendadores necesita de los alquileres de los inmuebles bien «para

el pago de la hipoteca o, incluso, como complemento de sus ingresos, muchos de ellos pensión de jubilación»²⁰.

Dándose estas condiciones en el arrendador, el arrendatario puede solicitar hasta el 31 de enero de 2021 un aplazamiento temporal y extraordinario del pago de su renta. Se exceptúa el caso en que arrendador y arrendatario hubieran alcanzado antes un acuerdo sobre condonación total o parcial de la renta o aplazamiento de la misma, caso en que el acuerdo, hecho al amparo de los artículos 1255 y 1203.1.º del Código civil, prevalece conforme al artículo 4.1 y 4.2 del Real Decreto Ley, que en este sentido es norma dispositiva (art. 6.2 CC).

El arrendatario debe justificar al arrendador gran tenedor o empresa o entidad pública de vivienda su situación de vulnerabilidad económica, aportando los documentos indicados en el artículo 6 del Real Decreto Ley 11/2020.

«Del contenido de la normativa (arts. 4, 6 y 8 RD-Ley 11/2020) parece desprenderse que el arrendatario vulnerable tan solo podrá solicitar la medida de la moratoria y no la reducción de la renta, sin perjuicio de que el gran tenedor esté facultado a otorgar la que considere más oportuna en cada caso»²¹.

De acuerdo con el artículo 4.2 del Real Decreto Ley 11/2020, el arrendador debe comunicar expresamente al arrendatario en el plazo máximo de 7 días laborables su decisión, la cual se circunscribe bien a aceptar la moratoria solicitada, bien a conceder una condonación temporal de la renta arrendaticia de un 50%. En caso de optar el arrendador por la condonación temporal, esta se extenderá *durante el estado de alarma, sus prórrogas y hasta cuatro meses después de la finalización de aquel*, si la situación de vulnerabilidad provocada por el COVID-19 continuara durante dichos cuatro meses tras la finalización del estado de alarma. Lo que significa que si solo persistiera durante uno o dos meses después, a solos dichos meses alcanzaría la reducción de la renta en un 50% (art. 4.2 RD-Ley 11/2020). Si el arrendador optara por la aplicación de la moratoria o nada respondiera a la solicitud, *la renta quedaría automáticamente aplazada a partir de la mensualidad siguiente a la formulación de la solicitud*. El aplazamiento se extendería *hasta la finalización del estado de alarma, sus prórrogas e incluso hasta cuatro meses más*, siempre que durante ellos persistiese la situación de vulnerabilidad²².

Lo expuesto es lo que se desprende del artículo 4.2 del Real Decreto Ley 11/2020, inalterado desde su publicación.

«2. En el caso de que el acuerdo no se hubiese producido, el arrendador comunicará expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las siguientes alternativas:

a) *Una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses.*

b) *Una moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se aplicará de manera automática y que afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del*

contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses».

Ahora bien, solo caben dos interpretaciones posibles de esta norma tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre en su artículo 4.1, o bien que la moratoria solo puede extenderse hasta el 31 de enero de 2021 (y que el art. 4.2 hace referencia *al estado de alarma que motivó su publicación, máxime cuando ha habido una interrupción del estado de alarma y la norma se refería al «estado de alarma decretado [anteriormente] por el Gobierno»*) o bien que el artículo 4.2 del Real Decreto Ley 11/2020 hace referencia ahora al nuevo estado de alarma decretado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y sus prórrogas hasta el 8 de mayo de 2021. Esta última opción, beneficiosa para el arrendatario vulnerable, resulta peligrosa en términos de libertad (valor superior del ordenamiento jurídico según el art. 1.1 de la Constitución) y de seguridad jurídica (principio garantizado por la Constitución en el artículo 9.3), pues al incluir como elemento sistemático de interpretación el concepto «estado de alarma» (o sea, «cualquier estado de alarma», lo que no decía literalmente el art. 4.2 RD-Ley 11/2020) parece presuponer que el estado de alarma podrá «normalizarse» como estado habitual del ordenamiento jurídico español, «normalizando» la excepción al texto constitucional.

Por otro lado, como he indicado antes hay que tener en cuenta que el primer estado de alarma finalizó el día 20 de junio a las 24 horas, pero que el Real Decreto Ley 16/2020, vigente desde el 30 de abril de 2020, amplió el plazo de solicitud de la moratoria de un mes a *tres meses*, concluyendo, por lo tanto, el 2 de julio de 2020 (disposición final cuarta RD-Ley 16/2020), por lo que desde el 21 de junio de 2020 hasta el 2 de julio de 2020 la solicitud de moratoria con arreglo al artículo 4 Real Decreto Ley 11/2020 ya planteaba problemas de interpretación, aunque podía entenderse que la moratoria se extendería solo hasta los 4 meses posteriores a la finalización del primer estado de alarma (o sea, hasta el 20 de octubre de 2020).

Como la disposición final novena.2 del Real Decreto Ley 26/2020 *amplió el plazo hasta el 30 de septiembre de 2020* y este real decreto ley entró en vigor, de acuerdo con su disposición final decimosexta, el 9 de julio de 2020, como señala LOSCERTALES FUERTES y he indicado antes, desde el 3 de julio de 2020 hasta el 8 de julio de 2020 hubo un lapso temporal durante el cual esta medida no pudo aplicarse por no estar vigente, lo que aumenta la confusión en el operador jurídico²³.

A partir del 9 de julio, la medida pudo volver a solicitarse considerándose que el aplazamiento se produciría hasta el 20 de octubre de 2020.

Al publicarse el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, con vigencia desde el 30 de septiembre, que amplió el plazo de solicitud hasta el 31 de enero de 2021, lógicamente la interpretación congruente era que el aplazamiento de mensualidades podía tener lugar hasta el 31 de enero de 2021 (pues ya no tenía sentido considerar la fecha de 20 de octubre, cuando podían plantearse solicitudes de moratorias posteriores).

Y teniendo presente que el nuevo estado de alarma entró en vigor el día 25 de octubre de 2020, parece que lo más razonable (dentro de este auténtico caos legislativo) es entender que el aplazamiento se extenderá solo hasta el 31 de enero de 2021, ya que no se ha modificado el artículo 4.2 Real Decreto Ley 11/2020, que sigue refiriéndose al estado de alarma vigente a su entrada en vigor.

Si bien, publicado el Real Decreto Ley 37/2020, que modifica el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, haciendo mención expresa del nuevo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, habría argumentos también para una interpretación sistemática (art. 1 en relación con el artículo 4 RD-Ley 11/2020), *pero teniendo presente que esta modificación está vigente desde el 23 de diciembre de 2020 y que por lo tanto solo sería aplicable, en su caso, a las moratorias solicitadas a partir de dicha fecha, pero no a las anteriores.*

Las mensualidades aplazadas *se abonarán de forma fraccionada durante al menos tres años* (la concesión de un plazo de abono mayor, por lo tanto, es opcional) a contar desde la finalización de la moratoria. Ahora bien, dicho abono debería producirse en todo caso *dentro de la vigencia del contrato o de su prórroga legal o tácita*. De manera que si el contrato o su prórroga legal concluyeran antes del periodo de tres años, la parte arrendadora puede cargar en la renta de cada mes los fraccionamientos correspondientes para que las mensualidades aplazadas terminen de abonarse en el mes de expiración del contrato. Este prorrateo de las mensualidades aplazadas tendrá que ser comunicado por el arrendador al arrendatario. Y deberá desglosarse en los recibos de cada mensualidad. Si el aplazamiento se produjera en el periodo de prórroga tácita, el prorrateo de mensualidades podrá alcanzar hasta la expiración de la prórroga tácita [art. 4.2.b) RD-Ley 11/2020].

También es posible que las rentas aplazadas al arrendatario vulnerable deban abonarse prácticamente al final del periodo de prórroga extraordinaria de 6 meses del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 2 del Real Decreto Ley (art. 2 en relación con art. 4). Así, podría solicitarse tanto prórroga extraordinaria como moratoria a un gran tenedor.

En todo caso, los aplazamientos de renta no devengan intereses a favor del arrendador ni cabe establecer ninguna penalización al arrendatario por el hecho de la moratoria.

Ahora bien, como el arrendatario en situación de vulnerabilidad puede acceder al programa de ayudas de financiación del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición del arrendatario *quedará sin efecto la moratoria y el fraccionamiento de cuotas*, por lo que en dicha mensualidad deberá abonar todas las rentas anteriores aplazadas (mediante la financiación recibida) y abonar en lo sucesivo regularmente su renta (art. 4.4 RD-Ley).

La norma solo se refiere a arrendamientos de vivienda habitual suscritos al amparo de la Ley 29/1994 (lo mismo ocurre en el caso del artículo 8 del Real Decreto Ley 11/2020). Según FUENTES-LOJO RIUS «en este caso, no parece un error del legislador, pues dicha exclusión puede tener su fundamentación en que, por norma general, estamos ante contratos con rentas que están muy por debajo de mercado... Pero tampoco se hace referencia a ello en la exposición de motivos, lo cual nos mantiene en la duda...» de si las medidas de los artículos 4 y 8 se aplican también a los arrendamientos sujetos al Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964²⁴.

De acuerdo con el artículo 4.3 del Real Decreto Ley 11/2020 «lo dispuesto en los dos apartados anteriores resultará de aplicación a todos los arrendamientos correspondientes al Fondo Social de Vivienda, derivado del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios²⁵.

V. AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN (PRÉSTAMOS AVALADOS Y SUBVENCIONADOS POR EL ESTADO)

Como explicamos en un trabajo anterior²⁶, las ayudas transitorias de financiación (préstamos avalados y subvencionados por el Estado), se encuentran reguladas en el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, desarrollado por la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, por la que se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 1 de mayo de 2020). Esta orden ministerial entró en vigor el 1 de mayo de 2020 (disposición final de la misma)²⁷.

De acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 y su desarrollo por la citada Orden TMA/378/2020, las ayudas transitorias de financiación, o préstamos avalados y subvencionados por el Estado para arrendatarios de viviendas habituales localizadas en todo el territorio español, serán prestadas por las entidades de crédito adheridas a la «línea de avales arrendamiento COVID-19». Dichas entidades deberán conceder préstamos a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica según el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, o que entren dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 4 de la Orden TMA/378/2020, que considera *también* vulnerable al arrendatario cuya unidad familiar tenga en el mes anterior a la solicitud, *ingresos inferiores a cinco veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual*.

Para que las entidades financieras otorguen estos créditos, el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 autoriza al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para que, mediante acuerdo con el Instituto de Crédito Oficial, desarrolle una línea de avales por un plazo de 14 años. Es decir, el Estado será avalista o fiador frente a las entidades financieras del abono por los arrendatarios de estos créditos. La fianza es subsidiaria al no establecerse expresamente la solidaridad (arts. 1822, 1830 y 1831 del Código civil y artículo 11.5 de la Orden TMA/378/2020). Los créditos recibidos por los arrendatarios deben destinarse al pago de la renta de la vivienda habitual²⁸.

No todas las entidades de crédito están obligadas a conceder estos préstamos sino solo aquellas entidades de crédito *sometidas a la supervisión del Banco de España* (art. 6.1 de la Orden TMA/378/2020) *siempre que estén adheridas a la línea de avales antes mencionada*. Los préstamos concedidos serán gestionados con la colaboración del Instituto de Crédito Oficial que, a tal fin, suscribirá un convenio con el Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana, al que se adherirán las entidades de crédito que vayan a conceder estos préstamos²⁹.

Para constituirse en prestatario no será exigible hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, o con la Seguridad Social, ni al corriente de pago de obligaciones por reintegro de otras subvenciones. Sí que es obligatorio aportar los documentos que se relacionan en el artículo 5 de la Orden TMA/378/2020 y la solicitud de préstamo con arreglo al modelo oficial (Anexo I de la mencionada Orden). En todo caso, incluida en el modelo de solicitud, debe aportarse la declaración responsable del arrendatario relativa al cumplimiento de los requisitos subjetivos señalados en el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020, *con mención expresa de que los ingresos de la unidad familiar son inferiores a 5 veces el IPREM en el mes anterior a la solicitud de la ayuda y de que la renta arrendaticia más los gastos y suministros básicos, correspondientes también al mes anterior a la*

solicitud del préstamo, resulta superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos de la unidad familiar, así como a las circunstancias sobrevenidas que suponen la reducción de ingresos a que se refiere el apartado a) del artículo 4.1 de la Orden. Esta declaración podrá sustituir la aportación de *algunos* de los documentos señalados en el artículo 5, letras a), b), c) y d) de la Orden TMA/378/2020, o sea, no la de todos los documentos, siempre que se incluya la justificación expresa de los motivos que impidan tal aportación, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19 y siempre que los documentos aportados junto con la declaración responsable permitan a la entidad de crédito cumplir con su obligación de comprobar la vulnerabilidad del potencial prestatario (arts. 8.3 y 11.3 de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril). Finalizado el estado de alarma y sus prórrogas, el arrendatario-prestatario dispondrá de un plazo de tres meses para aportar los documentos restantes a la entidad de crédito.

En caso de ser varios los titulares del contrato de alquiler, será obligatorio que todos ellos formalicen el contrato de préstamo asumiendo de forma solidaria las obligaciones derivadas del mismo.

El préstamo será compatible con cualquiera de las ayudas al alquiler reguladas en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 y, específicamente, con las reguladas en el artículo 10 del Real Decreto Ley 11/2020 (sin perjuicio de que estas últimas hayan de destinarse, en su caso, a la amortización del préstamo).

El préstamo, en la redacción inicial de la orden ministerial, debía ser solicitado por el arrendatario a la entidad de crédito antes del 30 de septiembre de 2020 y formalizarse antes del 31 de octubre de 2020. Pero de acuerdo con el artículo 8.1 de la misma «a propuesta de la comisión de seguimiento prevista en el convenio entre el MITMA y el ICO, mediante orden ministerial, estos plazos podrán prorrogarse hasta el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente». Efectivamente dicha prórroga se produjo mediante Orden TMA/924/2020, de 29 de septiembre (vigencia de 1 de octubre de 2020, según su apartado tercero).

Posteriormente y amparándose en el artículo 8.1 de la Orden TMA/378/2020 y en el apartado c) de la Estipulación segunda del Convenio entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial (*o sea, sin base legal, pues la posibilidad de prórroga se refería a 30 de noviembre de 2020 para solicitar los préstamos y 31 de diciembre de 2020 para su formalización*), la Orden TMA/1134/2020, de 30 de noviembre (vigencia 2 de diciembre), ha establecido que el plazo para solicitar dichos préstamos se extiende hasta el 31 de mayo de 2021 y que dicho plazo podrá ser prorrogado hasta el 31 de agosto de 2021 mediante orden ministerial y previa propuesta de la comisión de seguimiento del mencionado convenio. Igualmente se indica que el plazo para formalizar los préstamos se extiende hasta el 30 de junio de 2021, pudiendo ser prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021 por el mismo medio³⁰.

Esta prórroga del plazo para la solicitud de préstamos también avalaría la interpretación de que la moratoria puede solicitarse hasta el fin del nuevo estado de alarma.

Los préstamos se registrarán por el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020 y por la Orden TMA/378/2020 que lo desarrolla, así como supletoriamente por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y su reglamento; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 2.2 de la Orden TMA/378/2020).

Desde la formalización del préstamo, este contará con la total cobertura del aval del Estado (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) y con

una subvención por todos los gastos e intereses del préstamo con cargo a dicho ministerio³¹.

Los gastos e intereses del préstamo no podrán superar el importe resultante de aplicar una Tasa Anual Equivalente del 1,5 %, comprendiendo los gastos que se devenguen desde la solicitud del préstamo hasta su cancelación (art. 6.2 y 8.4 de la Orden TMA/378/2020). El Instituto de Crédito Oficial adelantará a las entidades de crédito la bonificación de gastos e intereses y posteriormente, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana abonará al Instituto de Crédito Oficial el importe de dicha bonificación.

La cuantía del préstamo, de acuerdo con el artículo 7 de la Orden TMA/378/2020, podrá alcanzar hasta el 100% del importe de seis mensualidades (según lo pactado en el contrato de arrendamiento de vivienda habitual vigente o en la novación modificativa verificada con arreglo a los artículos 4 y 8 del Real Decreto Ley 11/2020), con un máximo de 5400 euros, a razón de un máximo de 900 euros por mensualidad.

Las seis mensualidades financiadas podrán estar temporalmente comprendidas entre el 1 de abril de 2020 y los 6 meses siguientes a la firma del préstamo. Tampoco pueden ser posteriores al fin de vigencia del contrato de arrendamiento o sus prórrogas [en coherencia con lo dispuesto en el artículo 4.2.b) del Real Decreto Ley 11/2020 en relación con su art. 2].

El plazo de amortización inicial podrá ser de hasta 6 años y podrá pactarse un periodo de carencia de principal de seis meses. Una vez transcurridos los tres primeros años desde la concesión del préstamo y con anterioridad a los últimos seis meses del plazo, podrá pactarse entre prestatario y entidad crediticia una única prórroga de 4 años del plazo de amortización inicial hasta completar 10 años, siempre que se acredite ante la entidad de crédito, en el momento de solicitar la prórroga, que persiste la situación de vulnerabilidad según el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020.

El arrendatario podrá amortizar anticipadamente el préstamo (de forma total o parcial) sin que ello le genere gastos o comisiones. El aval otorgado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana se mantendrá hasta el último plazo de amortización pactado y 180 días más.

El arrendatario deberá proceder a la amortización anticipada del préstamo si hubiera incurrido en falsedad, ocultación o inexactitud relevante al presentar los documentos o la declaración responsable a que se refiere el artículo 4 de la Orden TMA/378/2020.

En el momento de formalizar el préstamo, la entidad de crédito deberá cumplimentar el formulario previsto en el Anexo II de la Orden TMA/378/2020 y remitirlo al Instituto de Crédito Oficial, *verificando con carácter previo a la concesión y formalización del préstamo el cumplimiento de los requisitos subjetivos del artículo 4 Orden TMA/378/2020*. Con ocasión del otorgamiento del préstamo, la entidad de crédito no podrá exigir al interesado la contratación de ningún producto o servicio adicional.

La entidad de crédito *abonará las cantidades prestadas directamente al arrendador, previa comunicación al arrendatario-prestatario* (art. 9.1 OM). El abono se realizará con una periodicidad mensual, salvo que se acuerde una periodicidad distinta con el arrendatario prestatario (en función de lo pactado en el contrato de arrendamiento o en la novación modificativa pactada con arreglo al artículo 4 y 8 RD-Ley 11/2020) y, en su caso, de acuerdo con el artículo 9.2 Orden TMA/378/2020, o sea, con un pago inicial que comprenda las mensualidades devengadas y no pagadas desde el 1 de abril de 2020 hasta la firma del contrato

de préstamo (lo que impedirá que el arrendador pueda presentar demanda de desahucio).

El Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana podrá verificar en todo momento que los préstamos se han otorgado a arrendatarios que cumplieran los requisitos del artículo 4 de la Orden TMA/378/2020 y que su importe se ha destinado a la finalidad para la que se otorgaron. Si comprobase, de acuerdo con la documentación aportada al formular la solicitud, que el arrendatario no cumplía los requisitos para obtener el préstamo en el momento de su concesión por la entidad de crédito, se exigirá a esta el reintegro al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de los abonos realizados por el Instituto de Crédito Oficial *en concepto de subvención de gastos e intereses, a cuyo importe se aplicará el interés de demora*.

Igualmente, si el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana comprobase que el arrendatario ha destinado el importe del préstamo a una finalidad distinta para la que se otorgó, o ha incurrido en falsedad, ocultación o inexactitud relevante al presentar los documentos o en la declaración responsable, se cancelará por la entidad de crédito el abono de las cantidades del préstamo pendientes y el arrendatario *deberá proceder a la amortización anticipada del mismo frente a la entidad, la cual podrá exigirle el reintegro de los gastos e intereses del préstamo, aplicando a dicho importe el interés de demora* (art. 9 Orden TMA/378/2020).

Si la entidad de crédito, ante el incumplimiento del prestatario en la devolución del mismo y una vez ejercitadas todas las acciones pertinentes (art. 7.1 CC), ejecutara el aval, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana solicitará al arrendatario *el reintegro de los gastos e intereses satisfechos por el préstamo, aplicando a dicho importe el interés de demora*, lo que supone un incentivo para que el prestatario cumpla sus obligaciones con la entidad prestamista (art. 11.5 Orden).

Podrán solicitar estos créditos en las condiciones indicadas los arrendatarios que se encuentren en situación de vulnerabilidad sobrevenida de acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020. Y también los arrendatarios que no pudieron alcanzar un acuerdo de modificación de las condiciones contractuales con su arrendador (art. 8.3 RD-Ley 11/2020), siempre que aun no encontrándose en la situación descrita en el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, entren dentro de los criterios fijados por la referida orden ministerial (art. 8.3 en relación con el artículo 9.3 del Real Decreto Ley 11/2020 y artículo 4 de la Orden TMA/378/2020).

VI. AYUDAS DIRECTAS DEL ESTADO A INQUILINOS CON DIFICULTADES PARA DEVOLVER LAS AYUDAS TRANSITORIAS DE FINANCIACIÓN

El artículo 10 del Real Decreto Ley 11/2020 prevé la incorporación al Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 regulado en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, de un nuevo programa de ayudas al alquiler denominado *Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*. A otros dos Programas modificadores del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 se refieren los artículos 11 y 12 del mismo real decreto ley.

De acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 11/2020, «a los nuevos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 *que se relacionan en este Real Decreto Ley, ya sea por incorporación, sustitución o modificación*, les serán de aplicación las disposiciones que, con carácter general,

se regulan en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo [por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021], *salvo las salvedades específicas reguladas en este Real Decreto Ley*».

Y de acuerdo con la disposición final décima del RD-Ley 11/2020, se habilita al titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para *modificar parcialmente* y dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

La orden ministerial que modifica parcialmente el Plan Estatal de Vivienda y a que se refieren los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto Ley 11/2020, es la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril (BOE, 11 de abril de 2020), vigente desde el día de su publicación en el BOE.

En la exposición de motivos de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, se señala que los préstamos avalados y subvencionados por el Estado podrían resultar insuficientes para resolver las situaciones de vulnerabilidad provocadas por la epidemia del COVID-19. De ahí la incorporación en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 de este *Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual*.

El programa pretende conceder ayudas al alquiler mediante adjudicación directa a los arrendatarios de vivienda habitual que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica y social sobrevenida derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 *y que tengan problemas transitorios para atender al pago total o parcial del alquiler, porque no hayan solicitado el préstamo del artículo 9 RD-Ley 11/2020 (p.e., al prever la dificultad de su devolución), o que habiendo recibido y aplicado al pago de la renta dicho préstamo, se encuentran con dificultades para su devolución (art. 1 Orden TMA/336/2020)*.

Las ayudas, por lo tanto, tendrán carácter finalista y no podrán aplicarse a otro destino que al pago de la renta del alquiler o a la cancelación total o parcial de los préstamos subvencionados y avalados por el Estado.

Podrán beneficiarse de estas ayudas los arrendatarios personas físicas que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad sobrevenida definidos por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, los cuales incluirán en todo caso los definidos en el artículo 5 del RD-Ley 11/2020 con los límites indicados en su apartado 3 (relativos a la falta de titularidades inmobiliarias en España). Si las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla no determinaran supuestos adicionales de vulnerabilidad, serán de aplicación los definidos en el artículo 5 del RD-Ley 11/2020. Igualmente, mientras dichas administraciones no determinen la documentación necesaria para acreditar dichos supuestos adicionales, será de aplicación el artículo 6 del Real Decreto Ley 11/2020 (arts. 2 y 3.3 de la Orden TMA/336/2020)³².

Los beneficiarios deberán acreditar además que el arrendatario y las personas que tengan su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada no tienen parentesco con el arrendador en primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad. E, igualmente, deberán acreditar que ninguna de dichas personas es socio o partícipe del arrendador (persona física o jurídica).

Si las circunstancias de vulnerabilidad sufriesen modificación, el arrendatario beneficiario estará obligado a comunicarlo al órgano competente de la comunidad autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla, y si este determinase que tal modificación es causa de pérdida de la ayuda, fijará en su resolución el momento en que se entiende producida la pérdida sobrevenida (con los efectos jurídicos consiguientes).

La solicitud de la ayuda, en la redacción originaria de la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, debía verificarse ante la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta y Melilla en un plazo que *como máximo* se extendía hasta el 30 de septiembre de 2020, debiendo aquellas *concretar el plazo* y forma de presentación.

Pero la Orden TMA/939/2020, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Orden TMA 336/2020, de 9 de abril, ha suprimido dicho plazo límite para solicitar la ayuda y ha decidido «someterlo simplemente a los ya establecidos con carácter general en el propio Plan Estatal de Vivienda 2018-2021. De esta manera [indica el preámbulo de la Orden] las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla *podrán articular y adaptar las convocatorias de las ayudas de este programa a la evolución de la pandemia durante toda la vigencia de dicho Plan*».

Además, de acuerdo con la disposición adicional segunda del Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en la redacción dada por el Real Decreto 1084/2020, de 9 de diciembre, las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podrán conceder las ayudas recogidas en dicho real decreto, y por lo tanto, *las ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual, hasta el 31 de diciembre de 2022*.

La solicitud debe ir acompañada de copia del contrato de arrendamiento, con inclusión expresa del medio y forma de pago al arrendador *y de la acreditación del pago de las tres últimas mensualidades*. Es decir, la ayuda *ha de solicitarse* como máximo *dentro del mes siguiente a la última mensualidad abonada*, con vistas a que no haya interrupción en la percepción de la renta por el arrendador (art. 2.3 de la Orden TMA/336/2020).

La cuantía de esta ayuda será de hasta el 100 % de la renta arrendaticia, con un límite de 900 euros. Se podrá conceder por un plazo de *hasta 6 meses*, pudiendo incluirse como primera mensualidad subvencionada la correspondiente al mes de abril de 2020. La presentación de la solicitud debió producirse, en su caso, *dentro del mes de abril de 2020, si ya en aquellas fechas se produjo la dificultad para hacer frente al pago de la renta* (según lo establecido en el artículo 2.4 y 2.3 de la Orden TMA/336/2020).

En el supuesto de haber solicitado el préstamo del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, la ayuda podrá llegar hasta un importe máximo de 5400 euros (art. 2.4 Orden TMA/336/2020).

La cuantía concreta de la ayuda la fijará la comunidad autónoma o las ciudades de Ceuta y Melilla pudiendo ponderar el grado de vulnerabilidad del arrendatario y solicitar para ello el asesoramiento de los servicios sociales autonómicos o locales correspondientes.

La gestión de estas ayudas (que se rigen por el Real Decreto Ley 11/2020, la Orden TMA/336/2020 y el Plan Estatal de Vivienda 2018-2020), o sea, la tramitación, verificación del cumplimiento de los requisitos subjetivos, resolución de los procedimientos de concesión y abono de las ayudas corresponde a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla. El abono se realizará al beneficiario pero podrá acordarse que el pago se realice directamente al arrendador (por cuenta del arrendatario), salvo que el beneficiario hubiera obtenido previamente un préstamo avalado y subvencionado por el Estado, coincidiendo las mensualidades y cuantías cubiertas por la ayuda directa y el préstamo, pues en este caso ya abonó la renta la entidad de crédito al arrendador *y procede ahora que el arrendatario destine la ayuda directa a la amortización del préstamo*.

En todo caso, siempre que se hubiera obtenido un préstamo del artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, la ayuda directa deberá destinarse, en primer lugar,

a amortizar el préstamo. Cancelado este, podrá destinarse a cubrir el pago de nuevas mensualidades de renta.

La ayuda de este programa, con independencia de que se haya suscrito o no un préstamo avalado y subvencionado por el Estado, es compatible con cualquier otra ayuda al alquiler que viniere percibiendo el arrendatario, incluso si fuera con cargo al propio Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, *siempre y cuando el total de las ayudas no supere el 100% del importe de la renta arrendaticia en dicho periodo.*

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resuelve supuestos de vulnerabilidad diversos de los que tienen su origen en los efectos de la epidemia del COVID-19, y a los que se refiere el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020.

II. En su redacción originaria el Real Decreto Ley 11/2020 no preveía la suspensión del desahucio derivado de expiración del plazo contractual por vulnerabilidad del arrendatario. Sí la contempla expresamente tras la reforma introducida por el Real Decreto Ley 37/2020.

III. Es el Estado, sobre la base de la apreciación de servicios sociales, quien decide en última instancia sobre el derecho a poseer del inmueble arrendado y cuya posesión de hecho el arrendador pretende recuperar; lo que supone convertir la propiedad en una función social al servicio de tal o cual individuo (el considerado más vulnerable) al margen de toda titularidad exclusiva y excluyente.

IV. Para que opere la suspensión, el procedimiento de desahucio por impago de rentas debe obedecer a impagos posteriores al 14 de marzo de 2020 y haberse interpuesto tras dicha fecha. En cuanto al desahucio por expiración del contrato debe obedecer a la extinción del mismo entre el 14 de marzo de 2020 y el 2 de abril de 2020, ya que a partir de dicha fecha cabe la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, tanto para arrendatarios vulnerables como no vulnerables.

V. La prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento procede respecto de todo contrato de arrendamiento de vivienda habitual (no de temporada) que finalice en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2020 y el 31 de enero de 2021, quedando prorrogado por 6 meses desde la fecha de vencimiento siempre que lo solicite el inquilino.

VI. No debería ser el número de inmuebles sino el valor catastral de los mismos el que determinase en su caso el concepto de gran tenedor. Con la normativa vigente son considerados grandes tenedores pequeños y medianos propietarios que necesitan de las rentas de los inmuebles para el pago de la hipoteca o como complemento de sus ingresos (pensión de jubilación).

VII. La moratoria de la renta arrendaticia o bien solo puede extenderse temporalmente (mensualidades aplazadas o condonadas parcialmente) hasta el 31 de enero de 2021 o bien hasta el 8 de mayo de 2021, haciendo una interpretación sistemática con la nueva redacción del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 que habla del nuevo estado de alarma. Ahora bien, como la modificación del artículo 1 está vigente desde el 23 de diciembre de 2020, solo cabría aplicar dicho plazo a las moratorias solicitadas a partir de dicha fecha, pero no a las anteriores.

VIII. Los préstamos avalados y subvencionados por el Estado pueden solicitarse hasta el 31 de mayo de 2021, pudiendo formalizarse hasta el 30 de junio de 2021.

IX. Las ayudas directas del Estado a los inquilinos con dificultades para devolver los préstamos o con dificultades para el pago de la renta de la vivienda habitual podrán ser concedidas por las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla hasta el 31 de diciembre de 2022, en el marco de las convocatorias del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020). (1) Los efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda en *Diario La Ley*, núm. 9599, 23 de marzo de 2020, 1-4.
- (2020). (2). Nuevas medidas legales en arrendamientos de vivienda por la crisis sanitaria del Coronavirus en *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 de abril de 2020, 1-17.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J. (2020). Propuestas ante la afección de la crisis sanitaria en el arrendamiento de vivienda residencial en *Diario La Ley*, núm. 9608, 4 de abril de 2020, 1-6.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2430-2455.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2020) (1). El coronavirus y el pago de la renta en los arrendamientos. Disponible en <https://www.otrosi.net/contenido/coronavirus-pago-la-renta-los-arrendamientos>, 1-2.
- (2020) (2). Nuevas medidas sobre los arrendamientos de viviendas actuales. Análisis del RDL 11/2020 (BOE 31 de marzo). Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/nuevas-medidas-los-arrendamientos-viviendas-actuales-analisis-del-rdl-11-2020-boe-31-marzo>, 1-2.
- (2020) (3). Arrendamientos urbanos de vivienda durante el coronavirus. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-viviendas-coronavirus>, 1-3.
- (2020) (4). Arrendamientos urbanos y COVID-19. Preguntas y respuestas con Daniel Loscertales. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-covid-19-preguntas-respuestas-daniel-loscertales>, 11-4.
- (2020) (5). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de viviendas y uso distinto. I Parte. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto>, 1-4.
- (2020) (6). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de viviendas y uso distinto: II Parte. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-ii-parte>, 1-4.
- (2020) (7). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de vivienda y uso distinto: III Parte <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-iii-parte> 1-4.
- (2020) (8). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de vivienda y uso distinto: IV Parte <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-iv-parte>, 1-3.
- (2020) (9). Arrendamientos Urbanos: nuevos plazos prórroga forzosa y solicitud gran tenedor. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-nuevos-plazos-prorroga-forzosa-solicitud-gran-tenedor>, 1-2.

- (2020) (10). Arrendamientos Urbanos: análisis urgente del Real Decreto Ley 30/2020. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/rdley-30-2020-modificando-el-rdley-11-2020-de-arrendamientos-de-viviendas>, 1-2.
 - (2020) (11). Arrendamientos Urbanos: falta de pago de la renta y la normativa aplicable. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-falta-de-pago-renta-y-la-normativa-aplicable>, 1-5.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2020). La suspensión del proceso de desahucio en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9622, 1-7.
- MOLINA ROIG, E. (2020). Medidas urgentes sobre arrendamientos de vivienda del Real Decreto-ley 11/2020 para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9615, 1-13.
- PALÁ LAGUNA, E. (2020). Breve examen de las medidas adoptadas para los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-8.
- PRIETO, M. (2020). Arrendamientos de local de negocio, Estado de Alarma e impago en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-3.

NOTAS

¹ JIMÉNEZ PARÍS, 2020, 2444-2445.

² *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2020, 2432-2434. De acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, para que concurra dicha vulnerabilidad económica derivada de la epidemia del COVID-19 han de concurrir los siguientes requisitos de *forma cumulativa*: a) Que el arrendatario haya caído en situación de desempleo o expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), o bien haya sufrido una pérdida sustancial de ingresos al reducir su jornada por motivo de cuidados, por cierre de su negocio consecuencia del estado de alarma u otras circunstancias similares que tengan su origen en la situación derivada de la epidemia del COVID-19, no alcanzando por ello el conjunto de ingresos de la unidad familiar *en el mes anterior a la solicitud de la moratoria* (o de la medida de que se trate) el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual. Este límite de ingresos se incrementará: En 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo; en 0,15 veces el IPREM por cada hijo a cargo en caso de unidad familiar monoparental; en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar. El límite de ingresos será de 4 veces el IPREM mensual si algún miembro de la unidad familiar tiene declarada discapacidad superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo. El límite de ingresos será de 5 veces el IPREM mensual si el arrendatario es persona con parálisis cerebral, enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente al arrendatario o a su cuidador para realizar una actividad laboral. b) Que la renta arrendaticia y los gastos y suministros básicos que deba abonar el arrendatario, todos ellos de la vivienda habitual (coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil y los gastos de comunidad de propietarios, en su caso) *sean iguales o superiores al 35 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de miembros de la unidad familiar*. A los efectos de lo previsto en este artículo el legislador entiende por unidad familiar la compuesta por el arrendatario, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y *los hijos*, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados

por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su *cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita que residan en la vivienda*. No se entenderá que concurre la vulnerabilidad económica aunque los ingresos de la unidad familiar se encuentren dentro de los límites descritos, cuando el arrendatario o cualquiera de los miembros de la unidad familiar sean propietarios o usufructuarios de *alguna vivienda en España*. No importa pues, que se sea propietario o usufructuario de *alguna vivienda en el extranjero*, lo que supone una clara discriminación hacia la población autóctona en beneficio de la población foránea. Se exceptúa el caso de que la vivienda que se ostenta en propiedad en España lo sea en comunidad romana derivada de una partición hereditaria. Esto es, se ostenta solo una cuota de la cotitularidad de *un inmueble*. Si lo que se ostentasen fuesen las cotitularidades de varios inmuebles parece que el supuesto también determinaría la ausencia de vulnerabilidad. Ahora bien, no impedirá la consideración de la situación de vulnerabilidad económica, el que siendo el arrendatario titular de una vivienda en propiedad o en usufructo, acredite la no disponibilidad de la misma por causa de separación o divorcio, o causa ajena a su voluntad, o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular (el arrendatario) o de alguno de los miembros de la unidad familiar. De acuerdo con el precepto legal, como el *cónyuge separado legalmente o divorciado no forma parte de la unidad familiar*, los ingresos de este no cuentan a efectos de determinar si el arrendatario con hijos a su cargo (tiene su custodia) alcanza o no el límite de tres veces el IPREM mensual. Igualmente, tampoco se tendría en cuenta la vivienda titularidad del arrendatario que es ocupada por el *cónyuge separado o divorciado*. De lo cual resulta que los hijos de familias estructuradas (numerosas o no) y cuyos padres superen el límite del IPREM (aunque sea por pequeña diferencia) quedan fuera de las ayudas previstas en el Real Decreto Ley en *clara discriminación negativa respecto de los hijos de familias desestructuradas*. Por otro lado, el *cónyuge separado legalmente, arrendatario, que no tiene los hijos a cargo (no tiene su custodia)*, y en cuya vivienda en propiedad vive su *cónyuge con los hijos a cargo (tiene su custodia)*, al no constituir unidad familiar en los términos del Real Decreto Ley 11/2020, podría quedar fuera de las ayudas previstas, cuando es posible que sea autónomo (obligado al cierre), o sujeto a un ERTE o en situación de desempleo y deudor de pensiones alimenticias y tal vez, de pensión compensatoria. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020 se acreditará por el arrendatario presentando los documentos relacionados en el artículo 6. En todo caso, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto Ley, si el arrendatario se hubiese beneficiado de una moratoria de la renta o de ayudas públicas directas sin reunir los requisitos prevenidos en el artículo 5, será responsable de los daños y perjuicios que se hubieran podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de poder incurrir en responsabilidades de otro orden (penal, administrativo...). El importe de los daños, perjuicios y gastos que deba abonar no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido. En la misma responsabilidad se incurrirá si el arrendatario buscarse situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de las medidas del Real Decreto Ley 11/2020 (art. 7.2).

³ En este mismo sentido se pronuncia LOSCERTALES FUERTES, en artículo anterior a la reforma verificada por el Real Decreto Ley 37/2020, quien señala «por todo ello y sin perjuicio de las circunstancias concretas de cada uno, la realidad es que ahora mismo son cientos de miles los arrendadores que no están cobrando la renta, que, a pesar de lo que algunos dicen, más del 80% son personas físicas normales y que tienen la vivienda arrendada para el pago de la hipoteca o, incluso como complemento para el sustento diario. Estamos, por tanto, en una situación social realmente lamentable para unos y otros y no se diga que el arrendador acuda al juicio de desahucio por falta de pago, porque tal y como están las cosas, el mismo quedaría hoy paralizado... y , en el mejor de los casos, tardará muchos meses, seguramente más de un año, aparte de que el artículo 441.5 de la LEC establece que el juzgado pida información a los ... Servicios Sociales y luego, ya en la tramitación, informar al demandado de la posibilidad de acudir a los mismos. En definitiva, tiempo, mucho tiempo para el arrendador, sin garantía alguna de cobrar la deuda. Y si al final consigue que le devuelvan el piso (la cantidad de las rentas impagadas se puede dar por perdida, salvo casos excepcionales en que el arrendatario abone la misma). Por lo tanto, como

siempre he dicho, si hay posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes, como rebajar la renta temporalmente hasta que el arrendatario y familia vuelva a una situación normal, sería lo más aconsejable, naturalmente siempre que el mismo sea una persona responsable y así lo haya demostrado. En fin, no es fácil la situación para ninguno, pero creo que es aconsejable (en muchos casos imprescindible) esta última solución, pues, repito, el juicio de desahucio hay que dejarlo como último recurso, cuando se pueda presentar, pues no es bueno ni aconsejable para ninguna de las partes» (LOSCERTALES FUERTES, 2020 (11), 3.

⁴ El primer estado de alarma finalizó a las 24 horas del día 20 de junio de 2020, por lo que estuvo vigente desde el 14 de marzo de 2020 hasta dicha fecha. La disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020 establecía la suspensión de los términos y plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudó el 4 de junio de 2020, al derogarse dicha disposición adicional segunda por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, alzándose la suspensión de los plazos procesales con arreglo al artículo 8 del citado real decreto, con efectos de 4 de junio de 2020. A partir de esa fecha, pues, ha sido posible presentar y tramitar demandas de juicio de desahucio por falta de pago o continuar la tramitación de los procesos suspendidos desde el 14 de marzo de 2020. La demanda de desahucio por falta de pago no ha podido, pues, interponerse desde el 14 de marzo de 2020 al 3 de junio de 2020.

⁵ FUENTES LOJO RIUS considera que «el LAJ deberá verificar que el demandado solicitante cumpla con los requisitos de vulnerabilidad del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, y en caso de ser así, deberá decretar la suspensión del procedimiento y comunicarlo a los Servicios Sociales para que adopten las medidas que estimen oportunas...» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5).

⁶ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5. MOLINA ROIG, 2020, 5.

⁷ Artículo 150.4 Ley de Enjuiciamiento Civil: «Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados».

⁸ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (5), 3. En contra, MOLINA ROIG, quien considera que como la medida de suspensión de los procesos de desahucio se refiere a los derivados de los contratos de arrendamiento de vivienda, quedan incluidos en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 «tanto los derivados del impago de las rentas o cantidades asimiladas como los producidos por la expiración del plazo contractual» (MOLINA ROIG, 2020, 5).

⁹ El precepto no indica cuál será el plazo máximo de que dispondrá la Administración para abonar esta compensación. La disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 37/2020 prevé que en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor del mismo (mes que concluye el 23 de enero de 2021), «el Gobierno aprobará por real decreto las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, regulado por Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, a fin de hacer frente a las compensaciones que puedan proceder en su ámbito territorial según lo establecido en los artículos 1 y 1 bis [del Real Decreto Ley 11/2020]. En el mismo real decreto se establecerá el procedimiento que se seguirá para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes [de compensación]».

¹⁰ Real Decreto Ley 11/2020. Disposición final decimotercera. Entrada en vigor: «El presente Real Decreto Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado [1 de abril de 2020] a excepción del artículo 37...».

¹¹ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (7), 3. Señala FUENTES-LOJO RIUS que «si bien la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma..., declaró la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, no debe confundirse dicha suspensión con los plazos de cumplimiento de las obligaciones contractuales arrendaticias que continúan plenamente en vigor, como puede ser el pago de la renta, o la obligación de desalojar la vivienda al vencimiento del contrato de arrendamiento. Para evitar la problemática derivada del vencimiento de los contratos de arrendamiento de vivienda durante la crisis sanitaria y la frágil situación en la que podrían verse abocadas las familias cuyos contratos venzan en estos momentos tan

difíciles ... [se prevé] ...una prórroga legal extraordinaria de hasta 6 meses de duración para aquellos contratos cuya prórroga legal —ya sea la obligatoria del artículo 9 LAU o la tácita del artículo 10— venza entre el periodo comprendido desde la entrada en vigor del RD-Ley y hasta... [el 31 de enero de 2021]..., de tal forma que se evita que se puedan incrementar rentas por la formalización de nuevos contratos del alquiler; así como evitar que el ciudadano tenga que buscar una alternativa habitacional por haber vencido el contrato». Aunque nada se dice respecto de los arrendamientos que venzan por finalización del plazo convencional (duración superior a la prórroga legal) o a los arrendamientos que estén en tácita reconducción (arts. 1566 y 1581 CC); ni se menciona a los contratos sujetos al Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, o a este con las modificaciones introducidas por el Decreto Boyer (Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica), entiende el autor; que «no hay razón jurídica para dicha discriminación legal, por lo que debe interpretarse como una exclusión involuntaria del legislador de todos estos contratos...» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 3-4).

¹² Cfr., LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2.

¹³ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (4), 1.

¹⁴ MOLINA ROIG, 2020, 7-8

¹⁵ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2. Señala FUENTES-LOJO RIUS que «nada se dice sobre la actualización de la renta, por lo que debemos entender que la renta se podrá continuar actualizando anualmente durante la crisis sanitaria conforme al mecanismo de revisión de valores pactado en el contrato con los límites del artículo 18 LAU, que quedan inalterados» (FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 5).

¹⁶ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (7), 1-2.

¹⁷ La disposición final novena.2 del Real Decreto Ley 26/2020 también añadió un apartado 3 y 4 a la disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020, según la cual: «3. Los criterios para la definición de vulnerabilidad económica y la acreditación de condiciones subjetivas establecidos en los artículos 5 y 6 mantendrán su vigencia *hasta los plazos establecidos en los artículos 2 y 4.1, a los efectos de las medidas incluidas en estos últimos*». De acuerdo, pues, con esta disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020, *hasta el 31 de enero de 2021 estarán vigentes los requisitos que dicho real decreto ley establece en su artículo 5 a efectos de entender que concurren los supuestos de vulnerabilidad económica como efecto del COVID-19*, a los fines de obtener moratorias en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual y *prórrogas del contrato de arrendamiento. ¿Ha querido entonces el legislador, posteriormente y con efectos de 9 de julio de 2020, limitar las prórrogas de los contratos de arrendamiento a los arrendatarios vulnerables?*

¹⁸ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (4), 1.

¹⁹ Con distinta opinión, LOSCERTALES FUERTES, 2020 (7), 2.

²⁰ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (10), 2.

²¹ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 12.

²² Como señala PALÁ LAGUNA «lo que no resuelve expresamente el precepto es la opción aplicable de entre esas dos —moratoria o reducción del 50% de la renta— para el caso de que el arrendador no se pronuncie en plazo por una u otra, pese al imperativo que emplea... y por tanto la obligación que tiene el arrendador de pronunciarse y comunicar al arrendatario qué es lo que decide. Parece sin embargo que, ante el silencio del arrendador; a lo que tendrá derecho el arrendatario será a la moratoria de la deuda arrendaticia en los términos indicados, como se infiere de la rúbrica de este artículo 4... y además es a la moratoria a lo que según el precepto ha de contraerse la solicitud del arrendatario» (PALÁ LAGUNA, 2020, 4).

²³ El plazo de tres meses ampliado por el Real Decreto Ley 16/2020 terminó el 30 de junio, «con lo cual se puede deducir que hasta la vigencia del nuevo Real Decreto Ley 26/2020 (vigencia de 9 de julio), contando desde el 1.º de abril, hay unos días donde no hay legislación concreta, es decir, que esa potestad del arrendatario no existía, algo verdaderamente carente de sentido y que es posible que dé lugar a disparidad de criterios» (LOSCERTALES FUERTES, 2020 (9), 2).

²⁴ FUENTES-LOJO RIUS, 2020 (2), 13.

²⁵ Al Fondo Social de Viviendas se refiere la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes

en materia concursal. El texto de dicha disposición adicional es el siguiente: «1. Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero *la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito*, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. 2. *El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley.* 3. Un cinco por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrá destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios».

²⁶ JIMÉNEZ PARÍS, 2020.

²⁷ Esta Orden Ministerial «no estará sujeta a la autorización del Consejo de Ministros, prevista en el artículo 10.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones», establece el artículo 9.4 del Real Decreto Ley 11/2020, tras su reforma por la disposición final cuarta del Real Decreto Ley 16/2020.

²⁸ Como señala LOSCERTALES FUERTES, el real decreto ley no indica qué consecuencias tiene la falta de dedicación de estos préstamos al pago de la renta (LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 3). Pero sí lo detalla, como explicamos más adelante, la orden ministerial que lo desarrolla.

²⁹ El 1 de mayo de 2020 el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial suscribieron el Convenio para la gestión de los avales y de la subvención de gastos e intereses por parte del Estado en la «Línea de avales de arrendamiento COVID-19». Este convenio se publicó en el BOE el día 2 de mayo de 2020 mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

³⁰ En su preámbulo la Orden TMA/1134/2020 señala: «la evolución actual de la pandemia y en consecuencia la vulnerabilidad sobrevenida que la misma pueda generar en los arrendatarios de vivienda habitual, *así como su incierta proyección en los próximos meses* [sic], *hace recomendable modificar los plazos inicialmente previstos y ya prorrogados y fijar los nuevos plazos para la solicitud y formalización de los préstamos*». La ausencia de base legal para la modificación de la Orden TMA/378/2020 entiendo que no queda subsanada por la adición a dicha orden de una disposición adicional única por el Real Decreto 1084/2020, de 9 de diciembre, según la cual: «Lo dispuesto en esta orden podrá ser desarrollado o modificado por orden del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana», pues su vigencia es de 11 de diciembre de 2020.

³¹ El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia introduce mediante su disposición final cuarta, apartado tres, un párrafo en el artículo 9 del Real Decreto Ley 11/2020, según el cual «a los efectos de la aplicación de las ayudas transitorias de financiación, se establece que *en el mismo acto de concesión del préstamo por parte de la entidad de crédito de conformidad con la regulación establecida, se entenderá concedida [al arrendatario prestatario] la subvención de gastos e intereses que conlleve dicho préstamo*, por lo que no requerirá resolución de concesión del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Las ayudas en la modalidad de subvención de tipo de interés se financiarán por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana con cargo a la aplicación presupuestaria... «Bonificación de gastos e intereses por concesión de préstamos a arrendatarios en situación de vulnerabilidad por el COVID-19». *Este crédito tendrá la consideración de ampliable. La verificación del cumplimiento de los requisitos de los beneficiarios de la subvención se realizará «ex post» por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, conforme a la normativa de aplicación*».

³² De acuerdo con la disposición adicional quinta del Real Decreto Ley 11/2020, sobre la comprobación de los requisitos para la concesión de ayudas al alquiler del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, «los requisitos que han de cumplir los beneficiarios de cualquier ayuda al alquiler financiada con cargo al Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, incluidos los del programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social

del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual, *podrán ser verificados por las comunidades autónomas y por las ciudades de Ceuta y de Melilla con posterioridad a la resolución de concesión de la ayuda, quedando esta condicionada al cumplimiento de los mismos.* Las comunidades autónomas o las ciudades de Ceuta y Melilla que como consecuencia de la comprobación de los requisitos con posterioridad a la resolución de concesión de la ayuda y, en su caso, al pago total o parcial de la misma detecten su incumplimiento, habrán de resolver la anulación o suspensión de la concesión de la ayuda desde la fecha en la que se hubiere producido el incumplimiento y solicitar, en su caso, el reintegro o devolución que procediere conforme a la normativa de aplicación».

2. DERECHO MERCANTIL

Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria

Consequential damages, loss of earnings and limitation of liability in an aircraft accident at an airport terminal

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: En la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020 se exonera de responsabilidad a un arrendatario de aeronave en una maniobra de la misma en la terminal del aeropuerto por la existencia de una cláusula de exoneración respecto de daños consecuenciales y lucro cesante en el contrato de arrendamiento de aeronave de temporada (*wet lease*).

ABSTRACT: *In the judgment of the Supreme Court of November 25, 2020, an aircraft lessee is exonerated of responsibility in an aircraft handling in the airport terminal due to the existence of an exoneration clause with respect to consequential damages and lost profits in the wet aircraft lease.*

PALABRAS CLAVE: Daños consecuenciales. Lucro cesante y exoneración de responsabilidad en arrendamiento de temporada de aeronave.

KEY WORDS: *Consequential damages. Lost profits and exoneration of liability in an aircraft wet lease agreement.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE. DAÑOS CONSECUENCIALES Y LUCRO CESANTE.—III. LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El 28 de mayo de 2008, en el aeropuerto Adolfo Suárez, se produjo una colisión en el que resultó con daños el Airbus A 330, propiedad de Iberworld Airlines,

durante una maniobra de carreteo del referido avión, desde su estacionamiento en el edificio satélite de la terminal 4 de dicho aeropuerto a la terminal 1 para efectuar un vuelo operado por Air Comet de Seguros y Reaseguros, S.A., en su condición de aseguradora, tanto de AENA como de la mercantil Air Comet, S.A., a los efectos de ser resarcida de los daños y perjuicios sufridos en cuantía de 2.959.748 euros, como consecuencia del siniestro antes descrito.

Según la demanda, un Follow Me de Aena, que guiaba el convoy, no respetó un punto de espera (stop), en el tramo A-11 de la calle paralela a la pista 33, y el Control de Movimiento de Superficie del aeropuerto tampoco gestionó correctamente el desplazamiento, ello provocó que tuviera que frenar bruscamente para dejar paso a un avión de Vueling, que circulaba por pista preferente. Por su parte, el remolque de Air Comet igualmente se vio obligado a frenar, produciéndose la colisión causante de los daños. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Majadahonda, que dio lugar al procedimiento ordinario número 960/2013.

Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En ella, en síntesis, se razonó que la responsabilidad del accidente era achacable a la conducta descuidada del conductor del Follow Me de Aena y de la Torre de Control por desatender la supervisión de la operación, no obstante lo cual la acción se encontraba prescrita. No se estimó que el daño respondiese a acción culposa de clase alguna achacable a la entidad Air Comet, cuyo tractor realizaba el carreteo del avión siniestrado.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, por turno de reparto su conocimiento correspondió a la sección vigesimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que ratificó la prescripción de la acción con respecto a la entidad AENA, y consideró, en contra del criterio del juzgado, que en la producción del siniestro concurrió una conducta imprudente del conductor del tractor de Air Comet.

Por otra parte, se consideró que el desplazamiento de la aeronave por las pistas del aeropuerto, en concreto entre la terminal 4 a la terminal 1, no figuraba entre las obligaciones a cargo de Air Comet, en virtud del contrato de arrendamiento de la aeronave de 26 de mayo de 2008 y, por tanto, el perjuicio causalmente derivado del siniestro se habría producido fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado entre las partes. Por ello, la responsabilidad de Air Comet sería de naturaleza extracontractual *ex* artículo 1902 del Código civil y, en consecuencia, no era aplicable la causa de renuncia de daños pactada entre las partes en el referido contrato.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 25 de noviembre de 2020 (Id Cendoj: 2807911001202010061) tras aplicación del artículo 1258 del Código civil y pese a que la maniobra de carreteo no estuviera expresamente pactada en el contrato de arrendamiento de aeronave, por integración del mismo, estima que el daño, en este caso, se ha producido dentro de una relación contractual, en el marco de sus propias y específicas particularidades y, entre ellas, las contempladas de la utilización del avión, aseguramiento y exclusión de los daños derivados de la pérdida de uso o daños consecuenciales.

Respecto de la referida aplicación, a nuestro juicio correcta, del artículo 1258 del Código civil, el Tribunal Supremo razonó que: *«es concorde con las exigencias del artículo 1258 del Código civil, que la arrendataria asuma el traslado del avión del lugar en donde se encontraba depositado para cubrir sus necesidades de utilización que, aunque no fuera una obligación específicamente contemplada, se deduce de la propia naturaleza del contrato suscrito. Es más la arrendataria, en*

momento alguno, cuestionó que era a su cargo el carreteo del avión, en tanto en cuanto lo llevó a efecto con sus propios medios, sin que nada hubiera alterado la normalidad contractual, sino fuera porque dicha operación de transporte se ejecutó sin el cuidado debido, lo que contribuyó a la causación del daño, objeto de este proceso, conjuntamente con la actuación concurrente de AENA, que prescribió».

Sin embargo, no es la aplicación del artículo 1258 del Código civil, al caso de Autos, la que entendemos correcta, sino la de aquellas cuestiones propias de la responsabilidad civil del arrendatario de la aeronave de conformidad con lo pactado y la legislación aplicable, lo que suscita nuestro interés y motiva nuestra atención ya que esta sentencia del Tribunal Supremo nos ofrece la oportunidad de acercarnos a cuestiones propias del Derecho de Daños que distan de tener soluciones pacíficas y unívocas en función de los correspondientes hechos del caso en cuestión, tales como, los daños consecuenciales o indirectos, como tipología o tipologías del daño resarcible, la previsibilidad como parámetro y alcance de la responsabilidad y la exoneración contractual de la misma en situaciones culposas, con la dificultad que nos ofrece la comprensión y aplicación práctica de la graduación de culpas.

De esta forma, si bien el artículo 1258 del Código civil parece como el precepto sobre el que descansa principalmente el razonamiento del Fallo, entendemos que existen dos preceptos que sin citarse en casación, deberían haber cobrado un gran protagonismo en el debate jurídico. Nos referimos, sin duda, al complicado y muchas veces denostado artículo 1107 del Código civil, así como al artículo 1102 del Código civil.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE. DAÑOS CONSECUENCIALES Y LUCRO CESANTE

Para poder entender el Fallo del Tribunal Supremo, resulta a nuestro juicio primordial, partir de una premisa obtenida en función de la actividad probatoria habida en los Autos, a saber, la existencia de culpa (no dolo) en el arrendatario de la aeronave, a la sazón, agente del daño, que incurre en responsabilidad contractual.

Es decir, el planteamiento lógico que nos hacemos es el siguiente: existe un deudor culposo (de buena fe, *ex. art. 1107.1 CC*), lo cual asumimos, (dada la dificultad con los escuetos datos de las sentencias de apelación y casación para podernos aventurar otro resultado) y ante lo que nos debemos preguntar si efectivamente responde de estos llamados «daños consecuenciales» e incluso del lucro cesante reclamado, ya que si llegamos a una respuesta positiva es cuando efectivamente hay que plantearse si la cláusula de exoneración de responsabilidad habida en el contrato de arrendamiento de aeronave resulta de aplicación para lo cual nos debemos aventurar también (lo que observamos, que no se discute en el caso de Autos) en la problemática de la graduación culpabilística a los efectos de la debida colación *ex. artículo 1102 del Código civil* que ha de hacerse del famoso brocardo latino «*dolo culpa grave aequiparatur*».

En primer lugar, hemos de manifestar que a nuestro juicio, el artículo 1107.1 del Código civil tiene como función determinar el daño o bien jurídico producido del que responde el deudor de buena fe, otra cuestión será si ese daño resulta imputable objetivamente a este deudor de buena fe¹.

Por tanto, es el interés del acreedor en cuanto al daño resarcible (art. 1106 CC) el que en primer lugar nos interesa en nuestro caso, atendiendo a la clásica

distinción entre daño *circa rem* o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor; su pérdida), y daño *extra rem* o daño extrínseco (daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante), ubicado en la óptica del deudor de buena fe (no deudor doloso), que es como entendemos que ha sido conceptualizado el agente productor del daño en este supuesto².

No tratamos en relación con esta sentencia del Tribunal Supremo la distinción entre daño directo y daño indirecto (no resarcible este último, al no ser consecuencia directa e inmediata, para el deudor doloso)³ por no preocuparnos en estos momentos el problema de la relación de causalidad en esos términos sino el concreto daño, resarcible, en su caso⁴.

En función de lo anterior, lo primero que debemos tratar es qué podemos entender por deudor de buena fe en los términos del artículo 1107.1 del Código civil para la ubicación dentro de dicho concepto del agente del daño en el caso de Autos.

Una conceptualización correcta con resumen de la doctrina más relevante que se ha acercado a este problema, nos la realiza DE ÁNGEL YAGÜEZ⁵ del siguiente modo: «Aunque la doctrina coincide en la opinión de que se trata de una desafortunada expresión, se suele entender que deudor de buena fe es el que incumple por culpa (v. com. arts. 1101 y 1104), por contraposición a quien lo hace con dolo o por dolo (v.com. art. 1102); así ALBALADEJO, *Derecho Civil, II* 2.^a. 211); con anterioridad, OSSORIO MORALES, *Lecciones*, 131-132; en ocasiones, la doctrina elude el problema, refiriéndose sin más al deudor de buena fe (a veces con explícita contraposición al de mala fe, CASTÁN, *Derecho Civil III*, 251)».

Por lo tanto, estimo que estamos en consideración de poder calificar al agente del daño como deudor de buena fe a los efectos del artículo 1107.1 del Código civil al ser un deudor cuya responsabilidad contractual se predica por culpa o negligencia.

El siguiente paso, de acuerdo con el razonamiento lógico propuesto, es entender de qué tipo de daños responde el deudor de buena fe, entendiéndose de forma generalizada que este tipo de deudor responde solo de daño *circa rem* o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor; su pérdida).

En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶ expresan su parecer en la línea apuntada del siguiente modo: «no se debe tener en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación, y no los que la inejecución de esa obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o en sus otros bienes».

Sin duda, PANTALEÓN PRIETO nos ofrece una magnífica visión sobre los antecedentes históricos del artículo 1107.1 del Código civil que nos sirven para poder comprender el criterio de la previsibilidad del daño a tiempo de contratar como límite del daño resarcible en la responsabilidad contractual. Después de referirnos los pasajes del Digesto en los que se distinguen los daños intrínsecos indemnizables de los daños extrínsecos no indemnizables (D. 19.1.43 y D. 19.1.21.3) nos acerca a la inteligencia que al respecto realizara POTHIER en su *Tratado de las Obligaciones*⁷, cuyas ideas sin duda quedaron reflejadas en el anterior artículo 1150 del Código civil francés (actual artículo 1231-3 que prevé que el deudor solo es responsable de los daños y perjuicios previstos o que pudieran preverse en el momento de la celebración del contrato, salvo que el incumplimiento se deba a negligencia grave o dolo) y pasaron a nuestro Derecho en el artículo 1124.1 del Anteproyecto de Código civil 1881-1882 («Los daños y perjuicios de que responde

el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación») del que resulta heredero nuestro artículo 1107.1 del Código civil que prevé literalmente lo siguiente: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

Más tarde, volveremos sobre el análisis del artículo 1107.1 del Código civil y las dos teorías que sobre su interpretación existen, pero sigamos en estos momentos con POTHIER.

En su referida obra (*Vid. op. cit.*, 94 y 95), POTHIER nos razona la necesaria previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad contractual de la siguiente forma: 160. «No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiere incumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario, también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquellos de los que se le hace responder.

Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea por que se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos».

Como afirma PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.* 1076), POTHIER sentada la previsibilidad del daño la conecta a continuación con la distinción entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos, para sostener que el deudor (de buena fe solo responderá de los daños intrínsecos) (traduciendo el «*rem*» de las fuentes romanas como «cosa» en el sentido de daños relativos, o no, la cosa objeto de la obligación). (*Vid. POTHIER, op. cit.*, 94 y 95), 161: «Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquella, no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino solamente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*»⁸.

Sin embargo, el propio POTHIER admite también el resarcimiento del daño extrínseco cuando este hubiera sido contemplado en el contrato (lo que MORALES MORENO, *vid. op. cit.* El incumplimiento..., denomina como «*fin de protección del contrato*»), cuando de nuevo, y de forma acertada, nos hace ver lo siguiente (*Vid. op. cit.*, 96 y 97), 162: «A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación»⁹.

Hasta ahora y de conformidad con los antecedentes históricos del artículo 1107.1 del Código civil podemos sostener una interpretación del mismo tendente a sostener que el deudor de buena fe (culposo) solo responde del daño intrínseco y no del extrínseco salvo que este se hubiera asumido expresa o tácitamente en el contrato.

A estas alturas y antes de volcar los anteriores razonamientos a los específicos daños que se trataron en el caso de Autos, nos resta cerrar el círculo hermenéutico sobre el complicado artículo 1107.1 del Código civil, ya que como dice MORALES MORENO (*vid. op. cit.* El incumplimiento...), «El problema surge en el Código civil. El artículo 1107 I, en términos muy parecidos a los antecedentes, aunque no idénticos, acumula las formulaciones del Anteproyecto («previstos o que se hayan podido prever») y del Proyecto de 1851 («consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento»). Ateniéndonos al tenor literal de esas dos expresiones, podría pensarse que el artículo 1107 I del Código civil exige, cumulativamente, dos requisitos distintos: uno referido al interés protegido (fin de protección del contrato), que conecta, como el del Código civil francés, con la tradición histórica de tratamiento del problema y, por tanto, con la idea de POTHIER de la previsión del daño en el momento de contratar; otro referido a la relación de causalidad, que requiere la proximidad causal entre el incumplimiento y el daño».

En nuestra opinión, acierta MORALES MORENO cuando a continuación de lo anterior, nos explica su postura al respecto del siguiente modo: «Una lectura atenta del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1016 I Proyecto 1851 nos pone de manifiesto que la expresión «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento» no pretende referirse a la causación, sino al que denominamos fin de protección del contrato. GARCÍA GOYENA, como ya he señalado, no entendió adecuadamente la expresión del Código civil francés. Él mismo nos indica que las palabras utilizadas por el Código civil francés, en caso de no haber dolo del deudor, «no dan una idea clara». Por eso, sin pretender modificar la regla, propone reemplazarlas, «por las de consecuencia inmediata y necesaria, que —a su juicio— parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19, del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*». Y para aclarar el significado de la expresión empleada, utiliza algunos casos de este texto del Digesto. Con esos ejemplos se disipa cualquier duda.

«[C]ompré vino y no se me entregó: no se reputará daño o lucro cesante, que no habría podido venderlo y negociar con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta puede dejar de negociar».

«Compré trigo, y por no haberseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo o vino desde que debió ser entregado, porque esta mayor utilidad circam rem ipsam consistit, y su pérdida, son una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa extrínseca, accidental, ajena del contrato, y que además puede evitar».

GARCÍA GOYENA utiliza, también, un caso que aparece en D. 18.6.20:

«Por los mismos motivos se dice en la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto (*sic*), que, siendo moroso el comprador en pagar el precio, el vendedor solo podrá pedir las usura o intereses, non [omne] omnino quod, mora, non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerit el pretio soluto ex mecibus, plus quam ex usuris quaerere potuit».

Estos ejemplos aclaran que, según la idea de GARCÍA GOYENA, la expresión, «consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato» (art. 1016 Proyecto de 1851) no pretende referirse a la proximidad del curso causal, sino expresar la exigencia de conexión entre el (fin de protección del) contrato y el daño. El lucro que se reclama, perdido por el incumplimiento, debe

ser un lucro que pertenece al objeto del contrato (*circam rem ipsam consistit*). Es «consecuencia inmediata, necesaria e inevitable del contrato». No es una «cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato».

La expresión del Código civil, «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», entendida de acuerdo con la que parece ser la intención de GARCÍA GOYENA que he tratado de explicar, nada tiene que ver con una exigencia de causación próxima, sino con el fin de protección del contrato. El daño «*in re ipsa*», al que se refieren los ejemplos que utiliza GARCÍA GOYENA, es consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento; no una consecuencia que solo tiene lugar en algunos casos, con algunos acreedores.

La primera fórmula del artículo 1107 I, daños «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación», se refiere igualmente al fin de protección del contrato, entendido conforme a la doctrina de POTHIER¹⁰.

El Tribunal Supremo parece seguir esta posición cuando sostiene que: «[e]l lenguaje que el Código civil emplea en dicha norma [1107 CC] no se entiende si no se relaciona con sus orígenes, pues se trata de una regla general, tomada del artículo 1150 del Código napoleónico, sobre la base de una serie de casos expuestos por el jurista POTHIER, de los que se deducía que “no se debe tomar en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación y no los que el incumplimiento de la obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o sus otros bienes, lo que el legislador ha incorporado al párrafo primero del artículo 1107 del Código civil para limitar las consecuencias indemnizatorias en el caso del deudor de buena fe”». (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2015 de 29 de junio de 2015, RJ 2015, 2552, núm. rec. 1553/2013).

En suma, las dos reglas del artículo 1107.1 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos se basan en la previsibilidad del daño resarcible, normalmente referido al daño intrínseco, o *circa rem* (salvo el caso de daño extrínseco *extra rem* asumido expresa o tácitamente por el deudor en el contrato) y no a la proximidad causal como requisito exigible del daño resarcible.

Como decíamos nos sorprende que en el caso de Autos no se haya discutido la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil en casación, por lo que nosotros vamos a realizar la ficción de aventurar el resultado del *quantum respondeatur* del caso de Autos si esta norma jurídica hubiera sido aplicada, como de hecho opinamos que así debiera haber sido.

Para ello hemos de partir de la sentencia de apelación, o sea, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2017, Secc. 25, (AC 2017, 1105), que reconoció indemnización al acreedor del daño, por conceptos tales, como lo que denomina «daños consecuenciales» y por lucro cesante, FJ. 15.º:

«DECIMOQUINTO

— Sobre su valoración económica se reclaman 1.554.292 € por sobrecostes soportados por el demandante al alquilar aviones de otras compañías para realizar los vuelos comprometidos según contratos; por recolocación de pasajeros y por tripulación. El segundo concepto e importe reclamado por lucro cesante, 2.008.063 €, corresponde a los días de paralización del avión menos aquellos en que se recurrió a vuelos charter de otras compañías (informe ACCURACY). De contrario se valoraron los daños en 1.429.216,35 € (informe ADDVALORA) aunque se minoraron hasta 1.320.181,04 € carentes de explicación a criterio del apelante.

(...)

DECIMOCTAVO

— Así las cosas, la pérdida de horas de vuelo debe reducirse a las correspondientes de los vuelos que se suspendieron. En consecuencia consideramos aplicable la valoración de 175.459,50 € del informe de D. Jorge teniendo en cuenta además que tampoco queda acreditada la ocupación del 100% de los asientos. El total importe, pues, a indemnizar será $1.554.292 - 62.040,62 + 175.459,50 = 1.667.710,88$ € frente a la cantidad reclamada de 2.959.748 € de principal (RESUMEN, página 41 de la demanda).

La sentencia de casación, cuando estima el recurso, sin embargo, habla solo de los denominados como «daños consecuenciales», sin hacer mención al lucro cesante (lo que no comprendemos) que también se concedió en la sentencia de apelación, cuando se refiere del siguiente modo (FJ núm. 5): «Los daños materiales sufridos en el casco del avión ya fueron resarcidos a la demandante y no son objeto de este proceso. Los reclamados tienen su origen en la pérdida experimentada por la necesidad de sufragar los gastos derivados de reemplazar el avión siniestrado durante el tiempo muerto de su reparación. Ahora bien, los mismos fueron excluidos de las obligaciones de resarcimiento económico entre las partes, por los eventuales daños que se podrían originar en ejecución del contrato de web lease pactado, que permitía a Air Comet explotar el avión de Iberworld».

Por lo tanto, el filtro del artículo 1107.1 del Código civil que entendemos aplicable a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual, ni siquiera por analogía¹¹, debiera haber aflorado en casación una vez que uno de los motivos esgrimidos para que se casara la sentencia condenatoria de apelación era la aplicación del artículo 1258 del Código civil, o sea, la calificación de la responsabilidad como contractual (si bien, a los efectos de hacer valer la cláusula contractual de limitación de responsabilidad, como veremos con posterioridad).

Sentado lo anterior y con el propósito que nos ocupa, ¿qué es un «daño consecencial»?¹². En realidad, es un concepto ajeno por completo a nuestro Código civil y no obedece más que a la criticable actitud de importar conceptos jurídicos extraños a nuestra práctica en determinadas operaciones comerciales que implica que en muchas ocasiones no se sepa siquiera de lo que se está hablando. Con razón, en este caso, CARRASCO PERERA cuando analiza las cláusulas de renuncia por daños consecuenciales (*Vid. op. cit.* Sobre la renuncia...) nos dice lo siguiente: «...Si son sinceros, ni las partes ni sus respectivos asesores saben positivamente a qué están renunciando. Intuyen que la cosa tiene que ver con la pérdida de beneficios, quizá también con los “daños por contagio...”».

Por ello, no nos proponemos ofrecer un concepto de daño consecencial por carecer de interés para nuestro propósito, sino que desde lo que fue denominado en el caso de Autos «daños consecuenciales», delimitar si efectivamente los mismos deberían haber sido resarcidos o no desde la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil, siendo calificados como tales: sobrecostes soportados por el demandante al alquilar aviones de otras compañías para realizar los vuelos comprometidos según contratos; por recolocación de pasajeros y por tripulación, o sea, los gastos derivados de reemplazar el avión siniestrado durante el tiempo muerto de su reparación.

O sea, preferimos delimitar la calificación de dichos «daños consecuenciales» desde la tradición histórica del artículo 1107.1 del Código civil, es decir, desde la expuesta previsibilidad del daño y su conexión con la distinción romanística del daño intrínseco (*circa rem*) y del daño extrínseco (*extra rem*), y si por daño intrínseco que es el normalmente daño resarcible por el deudor de buena fe (culposo) hemos de entender el daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor; su pérdida), podemos llegar sin dificultad a poder afirmar que los denominados «daños consecuenciales» en la instancia y casación no deberían haber

sido resarcibles al ser extraños a la cosa («*rem*») propiamente dañada y objeto del contrato de arrendamiento (aeronave), de ahí que mediante la aplicación de este primer límite de responsabilidad debiera haber bastado, a nuestro juicio, para la exención de responsabilidad por este concepto, sin tener que entrar al análisis de la cláusula de limitación de responsabilidad que obviamente solo debería hacerse si existe responsabilidad resarcible, admitiendo la validez inicial del pacto de la misma, *ex. artículo 1255 del Código civil.*

Pero, ¿qué ocurriría con la otra partida del daño resarcible que fue concedida por la Audiencia Provincial y que ni siquiera es mencionada en la sentencia de casación? Nos estamos, refiriendo al lucro cesante. En este supuesto, la respuesta no es tan clara, a nuestro juicio, que para los denominados «*daños consecuenciales*».

Si como hemos expuesto, por daño *extra rem* o daño extrínseco entendemos que son los daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante, entonces estos, en principio, no serían objeto de resarcimiento, según los propios ejemplos traídos de POTHIER y que claramente han de servir para interpretar el artículo 1107.1 del Código civil a la luz de sus antecedentes históricos, como hemos señalado.

Sin embargo, no es menos cierto que el propio POTHIER admite la posibilidad de rescimiento del daño extrínseco cuando este haya sido aceptado de forma expresa o tácita en el propio contrato, o sea, se hayan previsto o hayan podido prever, en los términos del artículo 1107.1 del Código civil, y ello, pese a los ejemplos que nos ofrece POTHIER, resulta tarea harto complicada determinarla.

De nuevo, acudimos a MORALES MORENO (*vid. op. cit.* El incumplimiento...) con quien igualmente coincidimos que la mera previsibilidad no es suficiente para efectuar la imputación del daño sino que el fin de protección del contrato nos obliga a algo más, o sea, a la utilización de criterios objetivos de imputación¹³, quien nos ofrece criterios a seguir al respecto como son los del tipo contractual utilizado, la interpretación correctora del contrato mediante el recurso a los usos del tráfico. En esta tarea, el propio MORALES MORENO nos dice, por ejemplo, que, si el arrendamiento tiene como objeto un bien destinado para un uso comercial, ha de ser resarcible el lucro cesante en esa actividad debida al incumplimiento del arrendador. Así, en nuestra opinión, la circunstancia de que ambas partes litigiosas fueran compañías aéreas y conocedoras de los usos que la una y otra efectuarían del objeto del arrendamiento (aeronave) suponen a nuestro juicio la aceptación tácita del daño extrínseco consistente en un lucro cesante propio de la cosa misma dañada (aeronave), siempre que lo mismo pudiera derivarse igualmente de los programas de vuelo previstos y previsibles de la aeronave objeto del arrendamiento de temporada (*wet lease*), lo que así creemos sin más datos al efecto, y de ahí que este hubiera de ser resarcible, en principio, en el caso de Autos, puesto que sea para esta categoría de daño resarcible (daño extrínseco *extra rem*, aceptado expresa o tácitamente por las partes) del cual se puede predicar su rescimiento a este específico deudor de buena fe (culposo) para la que realmente nos tendríamos que plantear la aplicabilidad del artículo 1102 del Código civil al caso de Autos, una vez realizado el filtro del artículo 1107.1 del Código civil.

III. LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En el ámbito de la debida aplicación del artículo 1102 del Código civil (proceso del que también nos deja huérfanos la sentencia de casación) a la cláusula

de limitación de responsabilidad por pérdida de uso o daño consecuencial que convinieron las partes, hemos de partir que en nuestro ordenamiento jurídico, (con carácter general, ya que no siempre es así ¹⁴) la culpa o negligencia grave en el incumplimiento de obligaciones contractuales se equipara al dolo según el brocardo «*culpa lata dolo aequiparatur*»—. Esta equiparación es afirmada de forma casi unánime y reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina. Y, en su consecuencia, se aplica idéntico régimen de responsabilidad a quien incumple un contrato mediando dolo o culpa grave. De tal modo que las cláusulas de limitación de responsabilidad no son aplicables en supuestos de incumplimientos dolosos, tampoco lo son en los casos de incumplimientos gravemente negligentes.

En lo que respecta a la jurisprudencia y sobre la referida equiparación, dejamos citadas las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6502) (en la que expresamente se equipara la culpa lata al dolo), 18 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4764), 20 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2794) y 20 de diciembre de 2003 (*RJ* 1993, 10100)¹⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 (J.Civ., tomo XXXII, 1875, núm. 271) ya razonó que: «*Considerando que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída la advertencia ó protesta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, porque el extravío de la cantidad no se debió a caso fortuito, ni á desgracia alguna inevitable, sino que, por el contrario, fue efecto de su incuria, abandonado en el carruaje la cartera [...] sin haber tomado antes las precauciones necesarias ni guardado en el bolsillo la llave de la cartera que contenía el dinero encomendado á su custodia, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su negligencia supina*».

VERDA Y BEAMONTE¹⁶, en un trabajo sobre el tema con abundante recurso doctrinal ¹⁷, afirma contundentemente que: «Nos parece indudable que, tal y como hoy sostiene la doctrina mayoritaria, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave (la tradicionalmente denominada «culpa lata») son inválidas. Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el italiano (cfr. art. 1.229 CC) o en el suizo (cfr. art. 100 del Código de las Obligaciones), no existe un precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas. No obstante, su nulidad puede fundamentarse en la consideración de que son contrarias al orden público.

En una sociedad basada en una economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes, interés general, que se vería lesionado de manera intolerable, si se admitiera la posibilidad de pactar la exoneración de responsabilidad de quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurriera en un comportamiento, en el que se apreciase una negligencia extrema, rayana al dolo».

Lo anterior nos lleva también a la necesidad de entender qué se entiende por «culpa lata» o negligencia grave, a los efectos de esta aplicabilidad del artículo 1102 del Código civil. Para ello, autores como MORALES MORENO han hecho un análisis de este concepto desde la perspectiva histórica del mismo, ¹⁸ que nos ayudan a la comprensión del concepto, por lo que podemos decir en definitiva que la culpa lata es la negligencia excesiva o grosera, consistente en no hacer lo que todos hacen o no hacer lo que todos comprenden. Los MAZEAUD¹⁹ dicen que «la culpa grave es una culpa no intencional, pero particularmente grosera. Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender *quod omens intelligunt* [lo que todos comprenden], para obrar como él lo ha hecho sin querer el daño»²⁰.

En nuestro caso, no tenemos constancia de que se hubiera incorporado al contrato entre las partes litigiosas la cláusula general del contrato de handling elaborado por la IATA, sin que tengamos datos para podernos aventurar en una labor de análisis del control de incorporación del referido clausulado general, por lo que con menos razón se puede argumentar la equiparación entre culpa lata y culpa consciente (término más común en el Derecho Penal) que alguna sentencia ha realizado cuando ha analizado la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad del empresario de handling —*vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004 (AC 2004, 1583)—, donde se ha estimado tal identidad sobre la conexión que dicho clausulado existente entre la unión de los conceptos «*imprudente*» y «*a sabiendas*».

La descripción de la negligencia se realiza en la sentencia de casación del siguiente modo:

«Al respecto se razonó que la imprevisibilidad del frenazo o detención brusca o inadecuada del Follow me no es una categoría absoluta, pues en la serie de factores desencadenantes del siniestro no se puede ignorar la amplia visibilidad de la que se disponía desde el tractor para apercibirse de la salida del avión de Vueling y, además, se había rebasado un punto de espera intermedio sin que el Follow me parase. Se estimó que si era una señal de obligado cumplimiento y este último vehículo no se detuvo, tal circunstancia pudo advertirse por el conductor del tractor, que circulaba detrás, por más que se hicieran indicaciones manuales de continuación.»

La señalización del punto de espera estaba ahí, sin que su observancia dependa de criterios subjetivos, ni pueda sustituirse por razones de confianza fundadas en la guía del convoy. Se generó una situación de riesgo al que no fue ajeno el conductor del tractor de Air Comet, que realizaba la operación de carreteo.»

De nuevo, la dificultad de categorizar y graduar la culpa sin más datos del caso de Autos que el relato de la negligencia que efectúa el Tribunal Supremo resulta hartamente complicado, pero de lo expuesto parece efectivamente que si bien es cierto que puede apreciarse la negligencia del agente del daño, no es menos cierto que la misma no pueda calificarse de grave o lata cuando pese a que tuviera visibilidad para haber evitado la colisión resulta que se le hicieron señales de continuación por el vehículo que le precedía, lo que implica a nuestro juicio la ausencia de gravedad en la negligencia cometida, sin que pueda apreciarse la infracción de la diligencia media exigible que hubiera desempeñado otro agente del daño de la misma profesión.

A lo anterior, nos puede ayudar el concepto de culpa grave adoptado en alguno de los países donde sí se ha recogido positivamente la graduación de culpas, como por ejemplo, en el Código civil de Chile, donde en su artículo 44 se refiere a la culpa lata del siguiente modo: negligencia grave o culpa lata: consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios (art. 44.1° del CC), esta clase de culpa es la que impone el cuidado menor del deudor.

Este concepto entronca bastante con el que se ha venido manejando en nuestro Derecho Histórico cuando se ha entendido necesario para presenciar la culpa grave la desatención al cuidado y diligencia que todos los hombres, aun los menos solícitos, suelen poner en sus cosas o negocios (*Vid.* cita de ESCRICHE, por MORALES MORENO, El dolo... 606) según el criterio medio de diligencia que pueden desempeñar los hombres de la misma arte o profesión.

En suma, asumiendo la inexistencia de culpa grave, es cuando podemos finalmente dar la razón al Tribunal Supremo sobre la validez de la exoneración de responsabilidad pactada para el caso del lucro cesante extrínseco resarcible

por su previsibilidad en este supuesto (art. 1102 CC), puesto que como habíamos dicho la misma exoneración de responsabilidad no sería necesaria para el daño extrínseco («consecuencial») al no ser resarcible este último por el deudor de buena fe (culposo, ex. art. 1107.1 CC).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2015 de 29 junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2017

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*, Thomson Civitas, 2017.
- Sobre la renuncia de exigir responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales. *GAP*. Diciembre de 2018.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ. Comentario al Código civil. Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil II*, 7.ª ed., Madrid, 1989, página 229.
- LLAMAS POMBO. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, 2013.
- MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda.
- MORALES MORENO. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *Anuario de Derecho Civil*, III, 1982.
- *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.
- POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.
- VERDA Y BEAMONTE. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.
- YZQUIERDO TOLSADA. Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del Tribunal Supremo. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, mayo-agosto de 2007.

NOTAS

¹ *Vid.* sobre el particular, PANTALEÓN PRIETO. «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)». *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.

MORALES MORENO. *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.

² Como dice MORALES MORENO (*vid.op. cit*): «El supuesto de dolo previsto en el artículo 1107 II podemos definirlo así. Es un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107: el fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento».

³ Coincidimos con la depuración conceptual que realiza LLAMAS POMBO cuando razona lo siguiente: «Precisamente por este motivo, no debe ser confundida la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* que sustenta a su vez la dicotomía daño intrínseco-daño extrínseco), con aquella otra que separa el daño inmediato o directo (el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional), del daño mediato o indirecto (el que es consecuencia mediata de dicho incumplimiento). Y ello porque mientras la distinción que aquí nos ocupa hace efectiva referencia a los intereses que pone en juego el acreedor; según se centren en la prestación misma, o en ulteriores bienes y valores patrimoniales o extrapatrimoniales, la que separa daño mediato e inmediato en realidad no tiene que ver con la esencia de los daños sino con la relación de causalidad; se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño. Y ello ninguna utilidad tiene a los efectos de distinguir equivalente pecuniario de indemnización. El incumplimiento del deudor puede causar directa e inmediatamente daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*; y aunque probablemente el llamado daño indirecto quizá incida casi siempre sobre dicho interés *extra rem*, lo cierto es que nada impide que recaiga sobre el otro.

En suma, no nos interesa aquí especialmente la distinción daño directo-indirecto, en el sentido causal respecto del incumplimiento, sino la referida al interés *circa rem* o *extra rem* afectado por dicho incumplimiento».

Vid. LLAMAS POMBO. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, 2013, 9-24.

⁴ En nuestra doctrina consideramos que ha sido PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit*) quien ha ofrecido con gran acierto una correcta interpretación del artículo 1.107.2 del Código civil en función de sus antecedentes históricos, con crítica de la redacción ofrecida por GARCÍA GOYENA al problema en el artículo 1.016 del Proyecto de 1851, al proponer lo siguiente:

«El artículo 1107 del Código civil sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código civil francés y 1223 del vigente Código civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107. II del Código civil dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendi-

da ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es solo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la “familia latina”, también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso».

De esta forma, entendemos también que la interpretación del artículo 1107.2 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos supone ciertamente la eliminación de la regla de la previsibilidad que se establece para el deudor no doloso, es decir, el resarcimiento de todos los daños *circa rem* (intrínsecos) y de los daños *extra rem* (extrínsecos), ¿pero se resarcan todos estos daños?, evidentemente no, solo los que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables.

Más recientemente MORALES MORENO (*vid. op. cit*) expone la solución a la imputación objetiva que ha de ser objeto de razonamiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el del artículo 1107.2 del Código civil, sobre la base de la teoría de la adecuación, de la siguiente forma:

«A mi modo de ver, la teoría de la adecuación debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos.

El artículo 1107 II del Código civil hemos de referirlo al criterio de la adecuación. No hemos de encontrar en su texto graves obstáculos para ello, sin entendemos que «conocidamente» no significa «probablemente», aunque por supuesto los daños deban ser probados, sino daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

Es decir, con ello MORALES MORENO entiende que el deudor doloso solo responde de los daños cuya causación es conocida en el momento de ejecutar la acción dolosa, o bien, de los que le puedan ser imputados según el conocimiento de un observador imparcial, o sea, el deudor responde de los daños que por el conocimiento de la situación particular tenga prevé que causará en el acreedor del daño, o bien, los que le pudieran ser imputados objetivamente según el juicio cognoscitivo de un tercero imparcial.

Por tanto, la fórmula propuesta de forma correcta en nuestra opinión es la imputación objetiva —en este caso— al deudor doloso del correspondiente daño a efectos de su resarcimiento, distinguiéndola de la mera causalidad ofrecida por el conocido principio «*causa como condición*» asentado en la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual la causa es la condición *sine qua non* del daño, de tal forma que de no haber acaecido tal causa no se hubiera producido el correspondiente daño.

⁵ De ÁNGEL YAGÜEZ. *Comentario al Código civil*. Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II, 54.

⁶ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil II*, 7.^a ed., Madrid, 1989, página 229.

⁷ POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.

⁸ POTHIER nos ilustra este razonamiento con los siguientes ejemplos: «Quien vende un caballo y no lo entrega, deberá indemnizar al comprador el mayor precio que le haya costado adquirir un caballo semejante: se trata de un daño relacionado solo con la cosa objeto del contrato, y que pudo prever, al estar el precio de los caballos, como el resto de los bienes, sujeto a variaciones; pero si el comprador fue un canónigo, al que no le entrega del caballo hizo imposible llegar a tiempo a obtener los grandes rendimientos de su canonjía, no responderá al vendedor, en principio, de tales perjuicios. Quien alquila una casa que creía suya por 18 años, si a los 10 ó 12 años el arrendatario es vencido en evicción por el

verdadero propietario, deberá indemnizar al arrendatario los gastos de mudanza y el mayor precio que haya que pagar por alquilar otra casa durante el periodo de tiempo restante; pero no, en principio, los que le haya reportado el cierre del negocio que hubiera instalado en la casa tras el arrendamiento, ni mucho menos los derivados de la rotura de algunos muebles preciosos durante la mudanza».

⁹ Así explica, POTHIER, que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si en el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el número 163, POTHIER, nos sigue ejemplificando su razonamiento sobre esto último (posibilidad de indemnización del daño extrínseco) cuando nos dice lo siguiente: «Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquellas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quepa excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de celebración del contrato, el vendedor, responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá solo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquel, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no solo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar».

¹⁰ Por el contrario, CARRASCO PERERA sostiene que ambas expresiones del artículo 1107.1 del Código civil («previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación») y («consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», son cumulativas, sosteniendo que: «Ya conocemos el tenor del artículo 1107 del Código civil. Como se desprende de su texto, existen tres criterios, distintos y parcialmente cumulativos, de exclusión de daños que hubieren de ser resarcidos por el deudor que incumple. Primero, solo se responde de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Segundo, solo se indemnizan los daños que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Tercero, el deudor doloso no resarcirá los daños que conocidamente (no) se deriven de la falta de cumplimiento. Los dos primeros son cumulativamente aplicables cuando el deudor incumplidor es de «buena fe» (es decir, no procedió con dolo), y solo responderá de los daños previstos/previsibles y que sean, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. En definitiva, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo. El tercer criterio es la medida de imputación de daños al deudor de mala fe, que responde de todos los que conocidamente se deriven del incumplimiento. En consecuencia, y por exclusión, el deudor de mala fe respondería también de daños que no fueren previsibles y no estuvieran vinculados por una relación causal adecuada con el incumplimiento».

Para CARRASCO PERERA, la regla de la previsibilidad juega como limitación de responsabilidad, cuando razona lo siguiente: «Si se consideran los anteriores ejemplos y reglas contenidas en el Corpus, y se proyectan sobre el artículo 1107 del Código civil, se comprende que la regla finalmente asumida por el legislador español tenía como propósito la exclusión de responsabilidad del deudor (al menos del deudor no doloso) en una serie de daños típicos subsiguientes a un incumplimiento contractual. La regla de la previsibilidad significaría que, por principio, el deudor que incumple sin dolo no respondería de las siguientes contingencias dañosas: 1) el lucro cesante consecuencial (*extra rem*) sufrido por no haber podido negociar el acreedor con la cosa no entregada o que padece de defectos; 2) los daños consecuenciales producidos en otros bienes del deudor como consecuencia del contagio o del efecto destructivo, o por la falta de disponibilidad del bien adquirido, que padece de defectos o que no se entrega por el deudor; 3) los daños producidos por la falta

de liquidez del vendedor que no recibe el precio convenido; 4) eventualmente, el mayor coste de cobertura o mayor lucro cesante que el comprador sufre cuando la cosa de la que es privado ha aumentado de precio de forma extraordinaria). Como puede observarse, todas estas reglas se construyen sobre la hipótesis de contratos de cambio típicos (venta, alquiler) y el incumplimiento que dispara las contingencias negativas consiste en la no entrega de la cosa o del precio o en la existencia de defectos ocultos».

«...Diremos que “consecuencia necesaria” de un incumplimiento imputable al deudor es el daño o la serie concreta de sucesos dañosos que constituyen la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita en que consiste la falta de cumplimiento. Tratándose de Derecho de contratos es la propia obligación contractual la que realiza esta selección de riesgos, mediante el expediente de delimitar cuáles son los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. La regla se formula en este ámbito de la siguiente forma. No es resarcible el daño a un interés del acreedor cuando la tutela o preservación de este interés especialmente lesionado no era el objeto de protección del contrato, de la cláusula o de la norma que se dicen incumplidos por el deudor, y fuente de la cadena de daños resarcibles. El daño que no es realización del riesgo típico de la conducta incumplidora es un daño que no corresponde a la función protectora de la regla que aquel incumplimiento conculca, de modo que la producción del daño real no habrá sido incrementada en su probabilidad por el incumplimiento. Sustancialmente, los criterios de riesgo típico y de función de protección de la regla (infringida) conducen a los mismos resultados, y se pueden utilizar indistintamente», por lo tanto, CARRASCO ubica esta frase del artículo 1107 del Código civil en la adecuación causal del daño. CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*, Thomson Civitas, 2017.

¹¹ De nuevo, con acierto, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*, 1030 y 1031) sobre la base del razonamiento de la previsibilidad contractual donde debe residir la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil, considera la inaplicación del mismo a la responsabilidad extracontractual cuando razona lo siguiente: «Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo de Derecho comparado para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposición primera del artículo 1107.1 del Código civil pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad solo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata».

¹² *Vid.* CARRASCO PERERA. «Sobre la renuncia de exigir responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales» *GAP*. Diciembre de 2018.

¹³ Para ello, hemos de recordar que las partes en litigio pactaron en el correspondiente arrendamiento de aeronave según refleja la propia sentencia de casación que: «*Ninguna de las partes será responsable por la pérdida de uso o daños consecuenciales, derivados de los anteriormente mencionados o de otros servicios bajo este Contrato*».

¹⁴ *Vid.* sobre el particular y en ámbito del contrato de seguro, YZQUIERDO TOLSADA. Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del Tribunal Supremo *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, mayo-agosto de 2007.

Asimismo, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*, 1034) cuando concluye lo siguiente: «De esta explicación pueden extraerse dos importantes consecuencias: a) Los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1107 del Código civil son solo los incumplimientos dolosos en sentido estricto (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor».

¹⁵ En el sector que nos ocupa, el propio artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea (1960) equipara el dolo a la culpa grave del siguiente tenor: «*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el transportista u operador responderán de sus propios actos y de los de*

sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave. En el caso de los empleados habrá de probarse, además, que estos obraban en el ejercicio de sus funciones».

¹⁶ VERDA Y BEAMONTE. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

¹⁷ VERDA Y BEAMONTE recoge la siguiente doctrina: «En la actualidad, la tesis de que no cabe exención de responsabilidad por culpa lata está ampliamente asentada en la doctrina. Cfr., en tal sentido, ÁLVAREZ LATA (n. 1), 159; DÍAZ ALABART (n. 1), 580; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), 202; GARCÍA AMIGÓ (n. 1), 146-147; JORDANO RAGA (n. 1), 646-647, MONTÉS PENADÉS (n. 1), 152; SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), 123, TORRALBA SORIANO (n. 1), 514. Es aislada la opinión contraria de CARRASCO PERERA (n. 1), 472, quien considera que: «Cabría exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser “vendido” al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor»; y concluye: «No hay ninguna razón válida que impida al deudor “comprar” una mayor exoneración de riesgos. Naturalmente, es un problema de indagación de la causa negocial concreta».

VERDA Y BEAMONTE también cita a los siguientes autores: CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), 171, afirma que: «publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa “lata”, ni contiene prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo, al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1102), por más que la palabra “igualmente”, puesta en el artículo 1103, puede ser origen de dudas, opina MANRESA que cabe la renuncia de esa acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal “culpa” y se convierta en “dolo”» (idéntica posición se mantiene en la edición decimoquinta de la obra, de 1988, puesta al día por G. GARCÍA CANTERO). Esta tesis ha sido abandonada en la actualidad por la práctica totalidad de la doctrina. Parece que hay que interpretar que BADOSA COLL, (n. 1), 39, se muestra contrario a la admisibilidad de un pacto de exoneración por culpa lata, cuando, al preguntarse sobre: «si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada de la acción», responde lo siguiente: «la respuesta la da precisamente el artículo 1102 fin, según el cual se puede eliminar la responsabilidad por culpa siempre que no se configure de tal modo que se entre en la impunidad del dolo»; y, más adelante, añade: «suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo de deber de diligencia». Más claramente, DELGADO ECHEVARRÍA (n. 1), 239, afirma que la prohibición de renuncia a la acción del artículo 1102 del Código civil: «comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave. No es razón para negarlo el argumento “a contrario” del artículo 1103; en último término, el pacto que pretendiera exonerar de la culpa grave sería contrario al orden público (art. 1255)». DÍAZ ALABART (n. 1), 580, al tratar de la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa lata, se pronuncia en los siguientes términos: «Contra el orden público parece desde luego, un pacto que en el fondo deja el cumplimiento de una obligación a la voluntad de uno de los contratantes. Prohibición que también recoge específicamente el artículo 1256 del Código civil». DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), 202, en evidente referencia a la culpa lata, observan que: «las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa debe estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado». GARCÍA AMIGÓ (n. 1), 146-147, afirma que: «la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa —como en el caso de dolo—, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materia de orden público». SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), 123, al comentar el alcance del artículo 1104 del Código civil,

expone que; «a pesar de esta norma que concede plena eficacia a los pactos modificativos de los modelos legales de diligencia, esta exclusión es rechazable respecto de esa diligencia mínima exigible al individuo medio (“mínima diligencia”), y cuya inobservancia da lugar a lo que tradicionalmente se ha considerado culpa grave (“culpa lata”)».

¹⁸ MORALES MORENO. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *Anuario de Derecho Civil*, III, 1982.

¹⁹ MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda, 111.

²⁰ En el ámbito concreto del contrato de prestación de servicios aeroportuarios en tierra (handling) ya se ha examinado la responsabilidad del prestador de servicios desde la cláusula de exoneración de la misma. Es el caso de la STS de 14 de julio de 2005 [RJ 2005, 9617] y las SSAP Madrid de 20 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 23128] y 14 de mayo de 2004 [AC 2004, 1720], donde se valida la exclusión de responsabilidad sobre la inexistencia de dolo y desde la aplicación al caso del contrato normalizado que para el handling ha elaborado IATA.

Particularmente, destacamos sobre el particular el razonamiento que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004 (AC 1583, 2004), que razona lo siguiente:

«La responsabilidad procedente del dolo no puede excluirse por vía contractual (art. 1102 CC [LEG 1889, 27]). Distinto es el caso de la responsabilidad nacida de la culpa donde cabe, además, su moderación por los Tribunales (art. 1102 a contra sensu, y art. 1103 CC). La cláusula 8.ª del contrato exonera de responsabilidad a ambas partes (equilibrio) por los daños causados a la otra (por sus empleados, agentes y subcontratistas) por los actos realizados con ocasión del contrato suscrito entre ellas, a menos que se realicen (excepción) con intención de causar tales daños..., o de una forma imprudente y a sabiendas de que podrán producirse, probablemente, tales daños... (sic. cláusula 8.ª). La excepción se refiere a dos supuestos:

—a) el dolo (intención de causar tales daños, dice el contrato; conforme al artículo 1102 del código haría falta la mención al ser su exclusión contraria a la Ley), y

—b) la culpa grave (dice el contrato: de una forma imprudente y a sabiendas de que pueden producirse, probablemente, tales daños, muertes, retrasos, lesiones o pérdidas). Utiliza la conjunción copulativa “y” para unir los conceptos “imprudente” y “a sabiendas”, lo cual da idea de que se está refiriendo a un grado elevado de culpa; la llamada culpa consciente, o culpa con previsión, o con representación (próxima al dolo) donde el agente es consciente de que el daño puede producirse “probablemente” (por no decir con bastante seguridad), pero aun así no desiste de la acción en la confianza de que no se producirá el resultado porque cree que controla la situación.

De este modo, el contrato excluye la culpa general u ordinaria (entendida como omisión de la diligencia del buen padre de familia —art. 1104 del Código civil—, o del ordenado comerciante o empresario en el ámbito de su negocio), donde el daño es posible pero el agente no es consciente de ello, ni se lo representa como algo actual y probable. Por ello no lo prevé aunque en sí mismo sea previsible.

Dada la exoneración pactada de la culpa ordinaria (cláusula 8 del contrato), conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), corresponde a quien lo alega (apelante) probar no tanto el daño, o el origen del daño (golpe dado por un vehículo de asistencia al avión al maniobrar) sino que el acto no solo fue imprudente sino también “a sabiendas” (de que pueden producirse probablemente tales daños», según dice el contrato). Es decir, no basta con acreditar el hecho y su resultado con la relación de causalidad que los une (en nuestro caso no cuestionados), sino que debe probar el grado cualificado de culpa que exige el contrato. Y esto es lo que no prueba la apelante, por lo rechazamos estas alegaciones del recurso».

3. URBANISMO

Actos de protección de las Vías pecuarias e inscripciones contradictorias

Livestock trails and contradictory inscriptions

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Con base en la reciente Resolución de 13 de enero de 2021, el presente comentario se ocupa del tratamiento de las vías pecuarias ante la eventual existencia de inscripciones contradictorias cuando reflejaran una adquisición plena y firme del derecho de propiedad.

ABSTRACT: *Analysis of the livestock trails and contradictory inscriptions based on the recent Resolution of 13 January 2021.*

PALABRAS CLAVE: Vía pecuaria. Clasificación. Deslinde. Registro. Inscripción. Contradictoria.

KEY WORDS: *Livestock trails. Classification. Demarcation. Registration. Contradictory.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. LA RESOLUCIÓN DE 13 DE ENERO DE 2021.—III. LA RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO DERIVADA DEL DESLINDE DE LAS VÍAS PECUARIAS.—IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DEFENSA DE LAS VÍAS PECUARIAS Y LA VALORACIÓN DE LAS REGLAS CIVILES SOBRE PROPIEDAD POR LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DEFENSA DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. LA VALORACIÓN DE LAS REGLAS CIVILES EN MATERIA DE PROPIEDAD Y POSESIÓN POR LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—V. LOS SUPUESTOS DE PREVALENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD FRENTE A LA VÍAS PECUARIAS SEGÚN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y MADRID.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Entre las distintas clases de bienes demaniales previstas por el legislador aquella que se corresponde con el supuesto de las vías pecuarias en ocasiones

reúne la particularidad de la posible colisión que resulta de unos eventuales pronunciamientos registrales a favor de un particular contradictorios con la resolución administrativa de deslinde, la cual es considerada, según dispone el artículo 8.4 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (LVP), como título suficiente para la rectificación de tales pronunciamientos.

Se trata, en efecto, de una situación no poco habitual en la práctica, especialmente por la ausencia de registros del todo fiables sobre los antecedentes administrativos de una extensa red de vías pecuarias en España de alrededor de 125 000 kilómetros equivalentes a unas 450 000 hectáreas, no siendo en absoluto extraño que la apreciación de su existencia no se vea siempre amparada por el respaldo debidamente documentado de su clasificación, deslinde y amojonamiento.

En este sentido, aun cuando en la actualidad la Administración viene obligada por el artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) a inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes y derechos de su patrimonio susceptibles de inscripción, la ausencia generalizada de tal inscripción en el caso de las vías pecuarias y la presencia de inscripciones contradictorias plenas y firmes según la normativa civil y registral a favor de terceros ha sido motivo de conflictos sustanciados, según el alcance de su objeto, ante los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo a partir fundamentalmente de la tramitación de los procedimientos de deslinde.

A estos efectos ha de tenerse presente que situaciones como la descrita cobran singular importancia precisamente cuando surgen en ámbitos sometidos a transformaciones de carácter urbanístico emplazadas en las proximidades de entornos urbanos o incluso en su interior, añadiéndose, de este modo, a las implicaciones características de la existencia de vías pecuarias vinculadas con la elaboración de instrumentos de planeamiento y que se manifiestan, principalmente, en la preceptiva intervención de los órganos de la Administración autonómica al efecto competentes en el procedimiento administrativo que ha de seguirse para su aprobación, en la definición de las posibles calificaciones urbanísticas sobre los suelos en los que se ubican las vías pecuarias, en su relación con la determinación del aprovechamiento urbanístico o en las implicaciones derivadas de la eventual necesidad de acceder a su cambio de trazado¹.

Ante ello, en fin, la presencia de una sucesión de resoluciones durante los últimos años de la hasta hace poco denominada Dirección General de los Registros y del Notariado de la que es testimonio la reciente de 13 de enero de 2021 permite detenerse sobre las implicaciones actuales de una situación ante la que cobra especial importancia acceder a los recientes pronunciamientos de los Tribunales al respecto tanto desde el orden jurisdiccional civil como desde el contencioso-administrativo y hacerlo, a su vez, desde el planteamiento doctrinal efectuado al tratar precisamente de la inscripción registral frente al ejercicio de las facultades de recuperación posesoria de los bienes públicos por parte de la Administración pública².

II. LA RESOLUCIÓN DE 13 DE ENERO DE 2021

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, dando continuidad a la doctrina sentada por el Centro Directivo en sus anteriores Resoluciones de 19 de julio de 2018 y 12 de marzo y 11 de diciembre de 2020, se ha ocupado

nuevamente en su reciente Resolución de 13 de enero de 2021, y después en las de 11 y 18 de febrero de 2021, de la protección registral del dominio público tanto inscrito como no inscrito ante la pretensión de una Administración autonómica de que se hiciera constar en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal la existencia de una vía pecuaria pendiente de deslinde a la vista de la comunicación que le fue trasladada desde el propio Registro sobre la inscripción de la base gráfica de una finca registral con la que dicha vía pecuaria era colindante.

Así lo hizo dicha Administración, en efecto, con base en la previsión contenida en el artículo 8.4 de la LVP sobre la resolución de aprobación del deslinde como título suficiente para la rectificación de las situaciones jurídicas registrales que pudieran ser contradictorias con él, no accediendo el Registrador a la práctica de la indicada nota al estar legalmente supeditada a que se hubiera dado inicio al procedimiento administrativo de deslinde con la intervención de los interesados.

Interpuesto recurso contra la nota de calificación es desestimado, en primer lugar, por no haber sido solicitado el asiento indicado en el curso de un procedimiento administrativo con intervención de los titulares registrales.

Sucesivamente, tras admitir que aun cuando la nota marginal pretendida no tiene cobertura en la normativa reguladora de las vías pecuarias y que, en todo caso, la exigencia de que el procedimiento de deslinde había de estar iniciado como condición necesaria para que en el Registro se pudiera tomar razón de ello viene prevista en la letra b) del artículo 52 de la LPAP, la resolución admite que, aun cuando su práctica *«podría tener encaje»* en el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria (*«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 el caso concreto analizado ni siquiera pudo tener lugar ante la falta de determinación de la que adolecía la solicitud por la total falta de identificación de sus circunstancias.

A partir de este punto la resolución se detiene, en sus Fundamentos 5 y 6, en las siguientes cuestiones:

a) Con referencia a las anteriores Resoluciones de 19 de julio de 2018 y 12 de marzo de 2020, destaca que la ausencia de un pronunciamiento de deslinde debidamente tramitado en un procedimiento administrativo con las garantías legales al efecto dispuestas supone un impedimento para la aplicación de las consecuencias que le son propias, consecuencias que, aun no reflejadas de modo expreso, han de ponerse en relación con lo dispuesto por el artículo 8.4 de la LVP, es decir, según lo ya dicho, con su condición como título suficiente para la rectificación de las situaciones jurídicas registrales contradictorias.

b) Se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988 a fin de destacar que el conocimiento sobre la ubicación y límites de la superficie de la vía pecuaria mediante la tramitación de un procedimiento de deslinde es condición necesaria para que se pueda afirmar que por un interesado se hubiera *«invadido el terreno de dominio público (...) y más cuando, (...), tal terreno estaba siendo usado por el sancionado»*, cita a la que se añade otra de una Sentencia también del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986 resaltando, ante *«la falta de identificación del terreno reivindicado, (...) la necesidad de practicar un deslinde para precisar los límites de las propiedades en cuestión»*.

c) Sin mayor consideración sobre las consecuencias de una eventual contradicción entre una resolución de deslinde y una titularidad registral a favor de un

tercero, a propósito de la ausencia de la primera se advierte en la resolución que *«no puede olvidarse la presunción derivada del principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria»*, al tiempo que se trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1986 de la que dada su importancia se reproducen los siguientes términos:

«Frente a las invasiones y usurpaciones de terrenos de dominio público, entre los que se incluyen las vías pecuarias (...), la Administración es titular de facultades recuperatorias que vienen limitadas al ámbito estrictamente posesorio, quedando por ello excluida de las mismas toda cuestión que implique definición de derechos dominicales por venir estas reservadas en exclusiva a la jurisdicción civil, debiendo calificarse de tal aquella en que existe una indeterminación de límites entre la vía pecuaria y los terrenos colindantes de dominio privado inscrito en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y amparado en su fuerza legitimadora, tal y como ocurre en el supuesto de autos en el cual la esencia del problema planteado consiste en decidir si el terreno ocupado por el demandante forma parte integrante de la vía pecuaria o pertenece a la propiedad del mismo y de ello excede de la competencia de la Administración y de esta Jurisdicción y solo puede dilucidarse mediante el ejercicio de las acciones civiles pertinentes ante los jueces ordinarios, siendo por tanto procedente la confirmación de la sentencia apelada que así lo declara y a cuya fundamentación jurídica cabe añadir que entre la presunción de la legalidad que protege los actos administrativos y la legitimación derivada del Registro de la Propiedad debe, en el caso contemplado, concederse preferencia a esta última puesto que la indeterminación en los límites de ambas propiedades colindantes es únicamente imputable a la Administración al haber dejado de practicar las operaciones de deslinde y amojonamiento posteriores a la clasificación de la vía pecuaria que le impone las normas legales y reglamentarias citadas».

d) Sucesivamente, en el Fundamento de Derecho 6, la resolución resalta que la protección registral del dominio público no se limita al ya inscrito al hacerse igualmente extensiva al no inscrito a pesar, incluso, de que no estuviera *«deslindado formalmente»* dado su valor meramente declarativo y no constitutivo, protección, esta segunda, que guarda relación con el hecho de que el registrador tuviera *«indicios suficientes»* sobre su existencia cuando se pretendiera una inscripción *«con la que pudiera llegar a colisionar»*, lo cual, se dice en la resolución, justifica la previsión en ciertas leyes especiales de la necesaria emisión de un informe previo favorable a la inmatriculación de fincas por terceros (Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, artículo 30.7, en el caso de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, artículo 22, y en el caso de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, artículo 15).

e) De igual modo, se destaca la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria como un avance *«en la senda de la protección registral del dominio público (...)*» en cuanto *«el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público»*, regulación que en último término *«no hace sino asentar el principio general (...) de que los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no»* dada su inalienabilidad y con ello el rechazo de derechos privados sobre él.

III. LA RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO DERIVADA DEL DESLINDE DE LAS VÍAS PECUARIAS

Según dispone la LVP, así como el acto administrativo de clasificación de las vías pecuarias es de carácter declarativo y tiene por objeto la determinación de su existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales, el acto de deslinde se refiere a la definición de sus límites con base en lo establecido en el acto de clasificación, siendo por fin el de amojonamiento aquel acto por el que, ya aprobado el deslinde, se señalizan los indicados límites sobre el terreno con carácter permanente.

Pues bien, situándonos en particular en la regulación sobre el acto de deslinde, la misma viene establecida en el artículo 8 de dicha Ley con el siguiente alcance:

«1. El deslinde es el acto administrativo por el que se definen los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de la clasificación.

2. El expediente de deslinde incluirá necesariamente la relación de ocupaciones, intrusiones y colindancias.

3. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

4. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente para que la Comunidad Autónoma proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, quienes se consideren afectados por la resolución aprobatoria del deslinde podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos y solicitar la anotación preventiva de la correspondiente reclamación judicial.

5. 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».

La anterior regulación resulta de especial interés en relación con una de las cuestiones que vienen apuntadas en la Resolución de 13 de enero de 2021 cuando, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1986, se hace referencia a la preferencia de la legitimación derivada del Registro de la Propiedad frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos ante la presencia de una indeterminación sobre los límites de la propiedad imputable a la Administración por no haber realizado las operaciones de deslinde y amojonamiento posteriores a la de clasificación de las vías pecuarias, lo que en todo caso queda matizado cuando se afirma que la protección registral también se extiende al dominio público no inscrito por referencia a lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria según la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria.

La cuestión, según quedó ya adelantado, enlaza con un trabajo publicado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA³ en el año 2006 una vez había entrado ya en vigor la LPAP, trabajo en el que se analizaba la facultad de recuperación de la posesión de los bienes y derechos de las Administraciones públicas y su relación

con la facultad de rectificación de los asientos del Registro cuando proclamaran titularidades privadas tomando en consideración la diversidad existente de bienes demaniales⁴.

A tal efecto, se daba inicialmente cuenta de la regulación prevista en el artículo 37.4 de la LPAP a fin de destacar la validez de la certificación administrativa como título para la cancelación o rectificación de inscripciones tan solo cuando se tratara de las practicadas a favor de la Administración y en contra de los derechos de los que fuera titular proclamados por el Registro, circunstancia que era positivamente valorada conforme a los siguientes términos: « (...) *lo contrario (...) vendría a destruir, simplemente, las reglas esenciales sobre el valor, garantía y régimen sustancial del Registro de la Propiedad, abriendo una brecha gravísima de todo el cuidadoso sistema de garantías que el Registro de la Propiedad produce en las titularidades y efectos de los derechos reales para asegurar la seguridad del tráfico. Admitir que la Administración pudiese rectificar por sí sola, por su propia autoridad y en su propio provecho, los asientos registrales, declarando como propios bienes cuya titularidad el Registro proclama en favor de otros titulares, parece que sería tanto como entregar a la sola discreción de la Administración todo el sistema de titularidades dominicales en que se asienta la entera seguridad jurídica del tráfico, destruyendo, pues, en su contenido esencial la función entera del Registro de la Propiedad.*».

Sucesivamente y tras analizar el régimen del deslinde previsto en la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 según el cual, a partir del carácter natural de los espacios calificados en ella como demaniales con base en lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, cabe dejar sin efecto no solo las titularidades dominicales reflejadas en los asientos registrales sino también aquellas otras que estuvieran fundadas en sentencias judiciales firmes, el citado autor se ocupa en particular del deslinde en materia de vías pecuarias.

Así, pese a que la LVP configura en su artículo 8.4 citado la resolución de deslinde como título suficiente para la rectificación de las situaciones registrales contradictorias en clara sintonía con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley de Costas, ello no es obstáculo para advertir las siguientes puntualizaciones:

a) La falta de desarrollo reglamentario de la LVP en cuanto se refiere a la discutible remisión efectuada desde el apartado 4 de su artículo 8 en orden al establecimiento de las formas y condiciones que hubieran de regir la rectificación de los asientos registrales cuando entraran en contradicción con el deslinde, lo que se vincula con las facultades de ejecución atribuidas a las comunidades autónomas por el artículo 149.1.23.º de la Constitución según se reconoce en su artículo 1.1.

b) La falta de previsión, por ejemplo, en la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, en la regulación sobre el deslinde prevista por su artículo 15, de que la correspondiente resolución aprobatoria constituya título suficiente para proceder a la rectificación de una inscripción contraria, omisión de la que se dice que «*no puede pensarse que sea casual*» pese a la remisión que desde su apartado 4 se realiza a los demás efectos previstos por la legislación estatal. Esta falta de previsión no se ha visto alterada por el reciente Decreto 7/2021, de 27 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se ha aprobado el Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, el cual ha sido objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 1 de febrero de 2021.

c) La distinción del demanio en materia de vías pecuarias respecto del demanio en materia de costas y aguas por no constituir «*un espacio naturalmente determinado*» al tratarse, más bien, de «*espacios convencionalmente fijados por la Administración*» en virtud de una «*determinación artificial*», lo que ha llevado a la calificación como «*relajado*» del dominio público sobre las vías pecuarias⁵.

d) Como consecuencia de lo anterior, la titularidad derivada del deslinde eventualmente habrá de confrontarse⁶ con un tercero hipotecario, con un título privado de propiedad o con una situación posesoria consolidada, lo cual supone, en el primer caso, que, dado que las resoluciones de deslinde no serán suficientes frente a las titularidades registrales privadas, la Administración habrá de impugnarlas ante el juez civil «*exactamente como cualquier otro sujeto de Derecho, dada la protección general de los Tribunales con que están situadas las inscripciones registrales*».

De todo ello resulta, concluye el autor citado, que en el caso del deslinde administrativo la Administración no actúa como «*una verdadera ius vindicatio*» pues «*la institución del Registro de la Propiedad y su conexión sustancial con la garantía judicial que requiere para asegurar su esencial función de seguridad en el tráfico no son disponibles por meras resoluciones administrativas*», lo cual, por otro lado, se ve acentuado en aquellos casos en los que tal Administración deja de actuar con la diligencia debida en la defensa de sus derechos, situación contraria a «*la irrupción brusca y autoritaria de una supuesta potentior persona que altera su ritmo y sus leyes ordinarias, quia nominor leo, porque me llamo león, simplemente*».

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DEFENSA DE LAS VÍAS PECUARIAS Y LA VALORACIÓN DE LAS REGLAS CIVILES SOBRE PROPIEDAD POR LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DEFENSA DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En relación con el denominado régimen de control judicial (art. 43 de la LPAP) referido a las actuaciones realizadas por las Administraciones públicas en defensa de su patrimonio, entre las que se encuentra la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, debe señalarse que la función de la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente será posible «*por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento*», correspondiendo por lo tanto a los Tribunales civiles las controversias relativas a la propiedad o posesión.

Sobre la competencia de los Tribunales civiles, el artículo 43.2.2.º párrafo de la LPAP señala que: «*Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*», regulación con la que ha de ponerse en relación lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 8 de la LVP sobre el ejercicio en general de acciones frente a la resolución aprobatoria del deslinde y de las civiles en particular en cuanto al plazo de cinco años de prescripción computados desde dicha aprobación⁷.

Así se ha venido manteniendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo añadiendo, no obstante, que no por ello la Administración ha de dejar de tener en cuenta, en el ejercicio de la potestad de deslinde, ciertas reglas civiles tales como las relativas a los títulos sobre la propiedad o posesión alegados por los interesados que participen en el procedimiento con la consecuencia, en caso de no observarlas, de que el acto aprobatorio pueda ser combatido mediante recurso contencioso-administrativo aplicando las normas civiles según lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa como cuestión prejudicial (Sentencias de 3 de marzo de 1994, 7 de febrero de 1996, 5 de noviembre de 1990, 10 de febrero de 1988 y 18 de noviembre de 1975)⁸.

2. LA VALORACIÓN DE LAS REGLAS CIVILES EN MATERIA DE PROPIEDAD Y POSESIÓN POR LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La valoración por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de las reglas civiles referidas en el apartado precedente no se ha visto plenamente reflejada, sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así ha tenido lugar, en efecto, al entender que las inscripciones registrales no son por sí mismas suficientes para contradecir el acto de deslinde de las vías pecuarias, a lo que se une la innecesariedad de acceso al Registro de la Propiedad del dominio público hasta la LPAP y el carácter *iuris tantum* de la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido resulta de interés la cita de las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: la de 11 de junio de 2013,⁹ que devalúa la posición jurídica del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por razón del carácter demanial de las vías pecuarias y la obligación de su restablecimiento al efecto prevista por la disposición adicional primera de la LVP; la de 13 de septiembre de 2012¹⁰, que supedita la situación posesoria y registral al resultado del deslinde; la de 27 de enero de 2010¹¹, que se remite a la jurisdicción civil en relación con las posibles cuestiones de propiedad derivadas de la resolución de aprobación del deslinde; la de 8 de junio de 2010¹², que advierte sobre el aludido carácter *iuris tantum* de la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; en fin, la de 30 de octubre de 2009¹³, en la que de nuevo se advierte que los bienes de dominio público no se ven afectados por la realidad registral.

En todo caso, junto a la anterior jurisprudencia y a lo que se dirá más adelante a la vista de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 22 de diciembre de 2003 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2020, en línea con la posición doctrinal anteriormente destacada también cabe resaltar la presencia, en todo caso previa a la LVP, de pronunciamientos del Tribunal Supremo en sentido contrario, algunos de ellos reflejados en la Resolución comentada de 13 de enero de 2021 y, además, las Sentencias de 18 de noviembre de 1975 y 10 de febrero de 1989¹⁴.

V. LOS SUPUESTOS DE PREVALENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD FRENTE A LA VÍAS PECUARIAS SEGÚN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Y MADRID

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía primero y el de Madrid después se han ocupado con un mayor detalle de los supuestos en los que cabe sostener,

ante la presencia de una adquisición plena y firme del derecho de propiedad, su prevalencia frente al dominio público constituido por vías pecuarias cuando todavía no se hubiera consumado el correspondiente acto de clasificación.

Así ha tenido lugar, en efecto, en una primera Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de diciembre de 2003¹⁵ cuya doctrina fue invocada en el curso de los autos que han concluido con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2020 que la hace suya.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de diciembre de 2003, de la que se ha dicho que se trata de un pronunciamiento «*extraordinariamente clarificador*»¹⁶, reúne un especial interés al tratar con particular detenimiento la cuestión de la invocación de derechos de propiedad en relación con terrenos que forman parte de vías pecuarias, lo que así efectúa después de dar cuenta, en los términos ya adelantados, de una jurisprudencia que califica como «*confusa y contradictoria*» por razón de la «*ambigüedad*» de los textos normativos que se han ido ocupando del deslinde de esta clase de bienes demaniales.

La cuestión de la que se ocupa la Sentencia se centra, pues, «*en determinar hasta qué punto puede resultar enervatoria del deslinde administrativo de vías pecuarias la alegación de un derecho de propiedad afectado por dicho deslinde, y sustentado bien en la posesión continua y en concepto de dueño por el tiempo necesario para la usucapión, o bien en un título de adquisición inscrito en el Registro de la Propiedad*», tarea para cuyo desentrañamiento, después de efectuar un recorrido por la evolución de la normativa sobre la materia¹⁷, llega hasta la vigente LVP con la que, se dice, cabe disipar las dudas existentes con anterioridad a fin de identificar «*los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de dilucidar en qué casos y a través de qué cauces los derechos de propiedad consolidados de los particulares pueden oponerse con éxito al deslinde de vías pecuarias practicado por las Administraciones competentes*».

A tal fin, los criterios al efecto contemplados en la Sentencia son los siguientes:

a) En primer lugar, la sola acreditación de la titularidad registral sin contradicción no es por sí misma bastante frente a la resolución de aprobación del deslinde administrativo, el cual, en los términos previstos por el artículo 8.4 de la LVP, se presenta como título suficiente para acceder a la rectificación de las situaciones jurídicas registrales contradictorias.

b) No obstante lo anterior, «*por exigencias del artículo 33 de la Constitución*» cabrá esgrimir ante la Administración el derecho de propiedad cuando provenga de una adquisición plena y firme conforme a la normativa civil e hipotecaria, de tal manera que, salvo que se acudiera a la expropiación forzosa, se convierte en obstáculo para la adquisición plena de los terrenos en favor de la comunidad autónoma correspondiente.

c) La adquisición del derecho de propiedad como plena y firme podrá deberse a una enajenación llevada a cabo por la Administración competente para la clasificación y el deslinde, por usucapión¹⁸ y, finalmente, por la titularidad de quien, confiando en el Registro, hubiera adquirido a título oneroso y de buena fe de quien en él apareciera con facultades para transmitir.

d) Para la aplicación de las reglas jurídicas de protección especial del dominio público en el caso de las vías pecuarias es necesario el acto de su clasificación mediante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, siendo fundamental a esos efectos el carácter previo o posterior de la adquisición en relación con dicha clasificación.

e) Así, en el caso de la usucapión, mientras que si se hubiera consumado por posesión continuada de treinta años, en concepto de dueño, pública y pacífica antes de la fecha de la clasificación, *«está claro que el usucapiente, y sus causahabientes (herederos, donatarios, compradores, etc.) estarán protegidos frente a la posterior clasificación y deslinde, pudiendo hacer prevalecer (...) su derecho»*, si fuera posterior y salvo que se hubiera producido la desafectación de la vía pecuaria con la acreditación en tal caso de la posesión por treinta años, *«entonces jugará de pleno la regla de imprescriptibilidad del dominio público, decayendo, sin derecho a indemnización por justiprecio»*.

f) De igual modo, así como *«si antes de la fecha de la clasificación algún particular adquirió con todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (...), entonces su adquisición sería mantenida a pesar de la clasificación posterior, gozando también de protección, en consecuencia, sus causahabientes posteriores (herederos, compradores, etc.)»*, de reunir tal condición con posterioridad a la clasificación prevalecerá la protección del dominio público.

Por fin, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2020 acoge plenamente la anterior doctrina en relación con una resolución de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid por la que se dispuso poner fin al procedimiento de clasificación de la vía pecuaria Cañada Real de Madrid por desistimiento de oficio toda vez que parte de los suelos afectados figuraban inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa y del Ayuntamiento de Madrid.

Así tiene lugar por referencia justamente a una de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, la de 24 de julio de 2009, que a su vez hizo suya la doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya señalada, pronunciamiento que en suma considera incorrecto que hubiera de tramitarse un procedimiento dirigido a la clasificación de una vía pecuaria en cuanto ello supondría olvidar *«que los derechos de los particulares, titulares registrales están protegidos por la presunción de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*, razonamiento al que se añadió, a su vez, que por estar igualmente afectados bienes pertenecientes a la Defensa Nacional y del propio Ayuntamiento de Madrid *«nunca podrían ser espurios pues van de principio unidos al ejercicio de potestades concedidas a tales Administraciones territoriales por el ordenamiento jurídico con una finalidad encaminada, en uno u otro ámbito, a la satisfacción del interés general y no a la del suyo propio»*.

VI. CONCLUSIONES

I. El acto de deslinde de las vías pecuarias a que se refiere el artículo 8 de la LVP se enfrenta en ocasiones con la existencia de inscripciones contradictorias ante las que, en principio, se presenta como título suficiente para su corrección con base en el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del dominio público.

II. Tal prevalencia del dominio público frente a las inscripciones contradictorias ha sido avalada por una jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual no son por sí mismas suficientes para contradecir el acto de deslinde de las vías pecuarias, a lo que se une la innecesariedad de acceso al Registro de la Propiedad del dominio público hasta la LPAP y el carácter *iuris tantum* de la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

III. Frente a dicha línea jurisprudencial, sin embargo, existe otra jurisprudencia menor emanada de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Madrid que, además de contar con relevantes apoyos desde la doctrina y partiendo del reconocimiento del derecho de propiedad como derecho subjetivo por el artículo 33 de la Constitución, ha establecido determinados criterios a fin de definir cuándo son oponibles al acto de clasificación de las vías pecuarias los derechos de propiedad consolidados de los particulares.

IV. A tal efecto la aplicación de las reglas de protección del dominio público en el caso de las vías pecuarias queda supeditada a que el acto de clasificación hubiera sido previo a la adquisición del derecho de propiedad como plena y firme tomando en consideración que así tendrá lugar cuando la enajenación se hubiera llevado a cabo por la Administración competente para la clasificación y el deslinde, cuando se hubiera alcanzado por usucapión o cuando tuviera lugar a favor de quien hubiera adquirido a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro apareciera con facultades para transmitir.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de noviembre de 1946
- STS de 4 de noviembre de 1963
- STS de 6 de noviembre de 1963
- STS de 8 de mayo de 1965
- STS de 18 de noviembre de 1975
- STS de 17 de octubre de 1978
- STS de 21 de marzo de 1979
- STS de 26 de enero de 1984
- STS de 22 de mayo de 1985
- STS de 5 de febrero de 1986
- STS de 31 de mayo de 1986
- STS de 17 de junio de 1987
- STS de 25 de junio de 1987
- STS de 10 de febrero de 1988
- STS de 20 de abril de 1988
- STS de 31 de mayo de 1988
- STS de 10 de febrero de 1989
- STS de 22 de marzo de 1989
- STS de 22 de marzo de 1990
- STS de 5 de noviembre de 1990
- STS de 10 de junio de 1991
- STS de 3 de julio de 1991
- STS de 3 de marzo de 1994
- STS de 14 de noviembre de 1995
- STS de 7 de febrero de 1996
- STS de 26 de abril de 1999
- STS de 17 de mayo de 2003
- STS de 30 de octubre de 2009
- STS de 27 de enero de 2010
- STS de 8 de junio de 2010
- STS de 13 de septiembre de 2012
- STS de 11 de junio de 2013

- STS de 19 de septiembre de 2014
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STSJ de Madrid de 2 de julio de 2020
- STSJ de Andalucía de 24 de noviembre de 2003
- STSJ de Andalucía de 22 de diciembre de 2003
- STSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2011
- STSJ de Extremadura de 28 de diciembre de 2011
- STSJ de Murcia de 9 de diciembre de 2005
- AAP de Sevilla de 29 de diciembre de 2017
- SAP de Granada de 18 de septiembre de 2008
- SAP de Granada de 24 de julio de 2009
- SAP de Granada de 31 de marzo de 2011
- SAP de Granada de 25 de julio de 2014
- RDGRN de 19 de julio de 2018
- RDGRN de 12 de marzo de 2020
- RDGSJFP de 13 de enero de 2021

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., Imprescriptibilidad y recuperación de oficio de las vías pecuarias: un análisis de la Disposición Final 1.^a de la Ley de 27 de junio de 1974, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, 219 a 236.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 129, enero-marzo de 2006, 117 a 144.
- GARCÍA GARRO, M.^a A., Las vías pecuarias y el derecho de propiedad privada, *Actualidad Administrativa* núm. 3, 2013.
- PARRA LUCÁN, M.^a A., *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002.
- La incidencia del deslinde administrativo de vías pecuarias sobre los derechos de propiedad privada, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO*, coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, vol. III, Civitas, Madrid, 2002, 4163 a 4190.
- PÉREZ ANDRÉS, E. M., El deslinde de las Vías Pecuarias y su control judicial, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 59/2005, julio-agosto-septiembre, 75 a 116.
- PORTO REY, E., Integración de las vías pecuarias en el planeamiento urbanístico, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 126, 95 a 120.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., Las vías pecuarias: aspectos en relación con el patrimonio, el urbanismo y el paisaje. Especial referencia a la Comunitat Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 309, 159 a 194.
- RENAU FAUBEL, F., La regulación urbanística de las vías pecuarias, en particular en la Comunidad Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 239, 99 a 143.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., en La impugnación jurisdiccional del deslinde de bienes públicos, *Actualidad administrativa* núm. 12, 1430 a 1440.

NOTAS

¹ Entre los abundantes trabajos publicados en materia de vías pecuarias cabe referirse a los siguientes, destacando la bibliografía recogida en el último de los citados: PORTO REY, E., Integración de las vías pecuarias en el planeamiento urbanístico, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 126, 95 a 120; RENU FAÜBEL, F., La regulación urbanística de las vías pecuarias, en particular en la Comunidad Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 239, 99 a 143; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., Las vías pecuarias: aspectos en relación con el patrimonio, el urbanismo y el paisaje. Especial referencia a la Comunitat Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 309, 159 a 194.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 129, enero-marzo de 2006, 117 a 144.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Inscripción registral..., *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 129, enero-marzo de 2006, 117 a 144. Igualmente cabe citar los trabajos de GARCÍA GARRO, M.^a A., Las vías pecuarias y el derecho de propiedad privada, *Actualidad Administrativa* núm. 3, 2013, PÉREZ ANDRÉS, E. M., El deslinde de las Vías Pecuarias y su control judicial, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 59/2005, julio-agosto-septiembre, 75 a 116 y PARRA LUCÁN, M.^a A., Vías pecuarias y propiedad privada, Dykinson, Madrid, 2002, y La incidencia del deslinde administrativo de vías pecuarias sobre los derechos de propiedad privada, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. III, Civitas, Madrid, 2002, 4163 a 4190.

⁴ A este respecto resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2014 cuando afirma lo siguiente: «La propia expresión “bienes de dominio público” no hace referencia a una realidad unitaria sino que engloba grupos de bienes muy heterogéneos que, justamente por eso, difícilmente pueden reconducirse a un tratamiento jurídico uniforme. Y eso tiene consecuencias sobre su caracterización jurídica, como se demuestra por el hecho de que cada categoría de bienes demaniales se ha venido rigiendo antes y ahora por una normativa propia y específica, y ha sido solo en fechas recientes cuando se ha intentado construir una “parte general” del Derecho de los bienes demaniales a través de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta Ley, sin embargo, consciente de las dificultades que implica dar un tratamiento jurídico común a realidades tan diversas, se configura como una norma de carácter supletorio respecto de las normas especiales que disciplinan cada una de esas categorías de bienes (art. 5.4)».

⁵ PÉREZ ANDRÉS, E.M., en El deslinde..., *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 59/2005, julio-agosto-septiembre, 82.

⁶ Así se contempla también por el SOSPEDRA NAVAS, F.J., en La impugnación jurisdiccional del deslinde de bienes públicos, *Actualidad administrativa* núm. 12, 1430 a 1440, cuando dice que, «aunque el deslinde prevalece frente a la situación registral, puede suceder que los interesados hayan adquirido de forma plena y firme el derecho de propiedad sobre los terrenos integrantes de una vía pecuaria por diferentes títulos».

⁷ Resulta de interés el Auto núm. 398/2017, de 29 de diciembre, de la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en cuyo Razonamiento Jurídico se dice lo siguiente: «Por ello ha de concluirse que la vía jurisdiccional civil es la que debe seguirse para la defensa de los derechos que deben considerarse prevalentes frente al deslinde administrativo apoyado en un acto previo de clasificación como vía pecuaria, al establecer la regla general que debe mantenerse sin ningún género de dudas después de la entrada en vigor de la Ley 3/1995 que esa es la competente. Se trata de acciones “civiles”, como dice el párrafo sexto del artículo 8 de la referida Ley que pretenden un pronunciamiento sobre la propiedad. Así, la eficacia del acto de deslinde no queda, en principio, condicionada por tales derechos preexistentes y prevalentes, y no podrá impugnarse sobre la base de los mismos, sin perjuicio de que, aprobado el deslinde, los particulares esgriman las acciones civiles para que a posteriori se declaren sus derechos con las consecuencias que en cada caso sean pertinentes: en particular, la obligación de la Administración de variar el trazado, o bien la expropiación del terreno controvertido, para lo que la Administración contará ya con la declaración de utilidad pública, inherente al acto de clasificación según establece el artículo 6 de la Ley 3/1995. Ante la jurisdicción contencioso-

administrativa podrá impugnarse el deslinde, pues, cuando existan vicios de procedimiento, o cuando de manera notoria el deslinde contravenga la descripción que de la vía pecuaria aparece en el acto de clasificación, pero no por el solo hecho de que el deslinde afecte o conculque derechos preexistentes».

⁸ Dice el artículo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa lo siguiente: «1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente».

⁹ La Sentencia de 11 de junio de 2013 dice lo siguiente en relación con la alegación del recurrente sobre su condición como tercero de buena fe protegido por la fe pública registral según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «El motivo olvida que la Disposición Adicional Primera de aquella Ley ordena que “Las vías pecuarias no clasificadas conservan su condición originaria y deberán ser objeto de clasificación con carácter de urgencia”. Por tanto, las vías pecuarias que lo fueran, por ser, como dice su artículo 1.2, “rutas o itinerarios por donde discurre o ha venido discurrendo tradicionalmente el tránsito ganadero”, no han perdido esa condición por el hecho o circunstancia de que antes no hubieran sido clasificadas. En consecuencia, el “restablecimiento” que incluye su artículo 6 junto con las otras dos actuaciones de creación y ampliación de las vías pecuarias, no tiene el significado restringido que parece atribuirle la parte recurrente, es decir: uno que solo se referiría a las vías pecuarias que antes hubieran estado clasificadas. Al contrario, su significado es que todas las que realmente lo hubieran sido han de ser restablecidas.

Olvida también el inciso final de ese artículo 6, en el que se dispone que esas tres actuaciones “llevan aparejadas la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados”.

Y olvida, por último, el inciso final del artículo 8.3 de la repetida Ley, que ordena que las inscripciones del Registro de la Propiedad no pueden prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados».

¹⁰ Dice lo siguiente la Sentencia de 13 de septiembre de 2012: «Para llevar a cabo ese deslinde no ha de respetarse la situación posesoria de los ocupantes de la vía pecuaria clasificada como tal, aunque tengan títulos inscritos, pues ello es contrario al artículo 8.3 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, que dispone que el “deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados”.

¹¹ Según la Sentencia de 27 de enero de 2010 no cabe declarar «la titularidad dominical sobre un suelo que fue clasificado como vía pecuaria en una resolución firme, a la que se ajusta el deslinde impugnado, que se ha atendido a definir los límites de esta vía pecuaria, pues tal declaración solo puede ser efectuada por la jurisdicción del orden civil como consecuencia de la acción civil que, en su caso, puedan ejercitar los que se consideren privados de su derecho de propiedad, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 8.6 de la Ley de Vías Pecuarias 3/1995, de 23 de marzo, y 3 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio».

¹² Dice la Sentencia de 8 de junio de 2010: «El siguiente motivo es que no se ha respetado la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Frente a la afirmación de la Administración de que lo inscrito en el Registro en nada afecta a los deslindes, la jurisprudencia reconoce que la presunción de legalidad es limitación de la facultad de deslindar de la Administración (STS de 3 de marzo de 1994 y 7 de febrero de 1996). Por tanto la titularidad de un derecho de propiedad sobre fincas inscritas en el Registro de la Propiedad impide a la Administración hacer una declaración provisional de posesión que contradiga la declaración o presunción de legalidad del artículo 38 de la LH. Y en el caso está acreditado que la finca registral núm. 8.471 figura inscrita a nombre de... SL, inscripción que trae causa del titular anterior, existiendo continuidad del tracto registral. Esta argumentación debe ser rechazada, pues aparte del tenor literal de la regulación contenida en el artículo 8.3 de la Ley 3/95 antes citada («sin que las

inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindado»), la jurisprudencia ha dicho que «La falta de constancia en el Registro o en los títulos de propiedad no implica inexistencia de la vía pecuaria ya que las vías pecuarias, no representan servidumbre de paso o carga alguna, ni derecho limitativo del dominio, y sí son, como precisa el artículo 1 D 23 de diciembre de 1944 (Regl. de vías pecuarias), una faja de terreno de dominio nacional, o una faja o zona partícipe de la naturaleza propia del dominio público (Cfr. Tribunal Supremo Sentencia de 4 de noviembre de 1963), y por tanto su existencia surge de la propia clasificación y deslinde que realiza la Administración del Estado (STS—Sala 3 Sección 4— 14 de noviembre de 1995). Y en orden a las titularidades dominicales hay que tener en cuenta que las vías pecuarias son precisamente bienes de dominio público, no susceptibles de prescripción ni de enajenación, siendo así que las cuestiones sobre titularidad dominical definitiva de las mismas, ni son propias de un simple expediente de clasificación, ni en todo caso corresponde su resolución a los Tribunales de lo contencioso-administrativo (Cfr. Tribunal Supremo Sentencia de 10 de junio de 1991 y STS—Sala 3 Sección 4— 26 de abril de 1999)». En igual sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de diciembre de 2005.

¹³ En cuanto se refiere a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, la cual trae causa de una acción declarativa de dominio respecto de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad por la que la Administración consideró que debía discurrir una vía pecuaria sujeta a un procedimiento expropiatorio, afirma que «los bienes de dominio público, regidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no se ven afectados por la realidad registral, de tal forma que la no constancia en el Registro de la Propiedad no les priva de su carácter demanial», lo cual se plantea respecto de una vía pecuaria que había sido objeto de previa clasificación.

¹⁴ A ambas Sentencias se refiere PÉREZ ANDRÉS, E. M., en El deslinde..., *Revista Análisis de Administración Pública* núm. 59/2005, julio-agosto-septiembre, 91.

La de 18 de noviembre de 1975 dice: «en todo expediente de deslinde administrativo ha de ser respetado el principio de legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, a tenor del que se presumirá a todos los efectos legales que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo así como también quien tenga inscrito el dominio de inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, no pudiendo tampoco ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles y derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, lo que viene a corroborar el propio artículo 1.º de la Ley Hipotecaria».

Por su parte, la Sentencia de 10 de febrero de 1989 afirma lo siguiente: «El Tribunal “a quo”, con acierto entiende, que el acto recurrido es contrario al Ordenamiento Jurídico, al no ponderar los efectos que en relación con unos terrenos comprendidos dentro del perímetro del deslinde que aprueba, produce su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Segovia, dado que aparte de las situaciones jurídicas amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a las que hace referencia el artículo 94 del Reglamento de Vías Pecuarias, aprobado por el Real Decreto 2876/78, existen otras situaciones derivadas de la simple inmatriculación en el Registro de la Propiedad que no pueden ser desconocidas por la Administración al llevar a cabo la operación de deslinde de una Vía Pecuaria, dado que, el titular de la inscripción registral, aunque no goce de la condición de tercero protegido, sí se presume que tiene la posesión del inmueble cuyo dominio está inscrito a su favor; recordando al efecto la Sentencia de este Tribunal de 18 de noviembre de 1975 (RJ 1975, 4914) que “en todo expediente de deslinde administrativo ha de ser respetado el principio de legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, a tenor del que se presumirá a todos los efectos legales que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo así como también quien tenga inscrito el dominio de inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, no pudiendo tampoco ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles y derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, lo que viene a corroborar el propio artículo 1.º de la Ley Hipotecaria”, sentencia en la que asimismo se declara que si

bien los expedientes de deslinde, no prejuzgan cuestiones de propiedad, centrándose en la órbita posesoria únicamente, la delimitación de los terrenos objeto de cada deslinde no pueda hacerse discrecionalmente por la Administración, sino con base y respeto a las situaciones de propiedad o posesión de los particulares en la forma que resulta acreditada por medios probatorios o antecedentes documentales bastantes para justificar legalmente tales situaciones; por lo que no cabe desconocer la realidad de los títulos dominicales inscritos en el Registro de la Propiedad».

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 22 de diciembre de 2003, recoge una doctrina en parte anticipada por la de la misma Sala de 24 de noviembre de 2003 y después hecha suya por las del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 y 28 de diciembre de 2011 así como por las de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 8.^a) de 29 de diciembre de 2017 y de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de julio de 2014 (Secc. 5.^a), 31 de marzo de 2011 (Secc. 3.^a), 24 de julio de 2009 (Secc. 5.^a) y 18 de septiembre de 2008 (Secc. 3.^a).

¹⁶ PÉREZ ANDRÉS, E. M., en El deslinde..., *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 59/2005, julio-agosto-septiembre, 94.

¹⁷ Los antecedentes de la vigente Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias quedan recogidos del siguiente modo en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto: «TERCERO. La primera norma que atribuyó expresamente a las vías pecuarias el carácter de dominio público fue el artículo 13 del Real Decreto de 13 de agosto de 1892, conforme al cual, "las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos de la ganadería son bienes de dominio público, y son imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legitimarse las roturaciones hechas en ellos". Con ello se pretendió reforzar la protección de la misma, ante las denuncias de un creciente deterioro de la red nacional de vías pecuarias debido a intrusiones de particulares y colindantes, y respecto de las que el entonces reciente artículo 570 del Código civil no otorgaba suficiente protección. Desde entonces, todas las normas que sucesivamente se han ido promulgando han reiterado este carácter de dominio público, y por lo tanto imprescriptible e inalienable de las vías pecuarias (aunque no han precisado el importante extremo de si tal carácter les viene dado por el hecho de haber sido tradicionalmente utilizadas como tales, o si para ello era preciso el acto administrativo de calificación, o incluso también el deslinde); sin embargo, y con la misma reiteración, de una manera u otra, esas normas han venido reconociendo efectos a las posesiones legitimadas por el transcurso del tiempo, o, en general, a derechos de propiedad consolidados sobre los terrenos que las integran.

Así, el artículo 1 del Real Decreto-ley de 5 de junio de 1924, tras decir que "las vías pecuarias son bienes de dominio público y están destinadas al tránsito de los ganados", y que en tal concepto "no serán susceptibles de prescripción y no podrá alegarse para su apropiación el mayor o menor tiempo que hubieran sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que sean objeto", deja a salvo de la facultad de restablecimiento y reivindicación de las mismas por parte de la Administración "los casos en que se haya legitimado, conforme a las Leyes, el derecho adquirido, haciéndose la adquisición irrevindicable". Esta misma redacción, con modificaciones no sustanciales, se repite en la base 2.^a del Decreto de 7 de diciembre de 1931 y en el artículo 1 del Decreto de 23 de diciembre de 1944.

Por último, el artículo 1 de la Ley 22/1974, de 27 de junio, de vías pecuarias, insiste en que "las vías pecuarias son los bienes de dominio público destinados principalmente al tránsito de ganados; no son susceptibles de prescripción ni de enajenación, ni podrá alegarse para su apropiación el tiempo que hayan sido ocupados, ni legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto", pero el problema de la propiedad lo mantiene vivo al precisar, en la Disposición Final Primera, que "lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos que hayan hecho irrevindicables los terrenos ocupados de vías pecuarias, y cuyas situaciones se apreciarán por los Tribunales de Justicia".

En definitiva, la impresión que dan los textos normativos transcritos es que las vías pecuarias, por ser de dominio público, no podían adquirirse por los particulares mediante la prescripción ni por ningún otro título, pero que si se producía y se consolidaba esa adquisición, el derecho privado adquirido prevalecerá sobre el carácter de dominio público. Semejante contradicción, o al menos esa inestable base conceptual, es la que ha determinado que la jurisprudencia haya ido enfrentándose a los distintos casos que ante ella se han ido planteado sin unos criterios claros y uniformes. CUARTO. No es difícil, en efecto, encontrar afirmacio-

nes contradictorias en la jurisprudencia Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo. Particularmente la contradicción más llamativa es la consistente en asegurar, en no pocas ocasiones, que dada la naturaleza del deslinde, no pueden ventilarse en un procedimiento Contencioso-Administrativo de impugnación del mismo cuestiones atinentes a la propiedad, sino exclusivamente cuestiones de procedimiento o de adecuación del deslinde al acto de calificación que le precede (así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984, 22 de mayo de 1985, 17 de junio de 1987, 25 de junio de 1987, 22 de marzo de 1989, etc.), y, sin embargo, matizar en otras ocasiones que “ello no significa que, en el ejercicio de la potestad de deslinde, la Administración no deba tener en cuenta ciertas reglas civiles, como las relativas a los títulos sobre la propiedad o posesión alegados por los interesados que participen en el procedimiento de deslinde, por lo que en este caso, si no los tiene en cuenta adecuadamente, el acto aprobatorio de deslinde sí que podía ser impugnado en el recurso Contencioso-Administrativo, por lo que esta Jurisdicción aplicaría las normas civiles en los términos del artículo 4 de la LJCA como cuestión prejudicial” (SSTS de 18 de noviembre de 1975, 5 de noviembre de 1990, 3 de marzo de 1994, 7 de febrero de 1996, 27 de mayo de 2003). Así, se declaró nulo el deslinde de vías pecuarias por la sola razón de haber conculcado derechos de propiedad adquiridos por usucapión las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1988, 10 de febrero de 1989 y 22 de marzo de 1989.

Por lo que se refiere a la fuerza de las inscripciones registrales de titularidades privadas sobre el terreno objeto del deslinde, de un lado las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989, 22 de marzo de 1990, 3 de julio de 1991, 3 de marzo de 1994 y 7 de febrero de 1996 sostienen que “el deslinde administrativo no puede desconocer, sino que ha de respetar, la presunción de legalidad que se deriva del concreto texto del artículo 34 de la LH en favor de la propiedad inscrita en el Registro, estableciendo de esta forma una limitación de la facultad del deslinde de la Administración”, aunque cuidándose de precisar que “para que entre en juego esta limitación habrá de estar suficientemente probado, por lo menos *prima facie*, que la porción de terreno discutido se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad”, mientras que, por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1946, 4 de noviembre de 1963, 8 de mayo de 1965, 17 de octubre de 1978, 21 de marzo de 1979 y 14 de noviembre de 1995, aseveran más bien que “la falta de constancia en el Registro o en los títulos de propiedad no implica inexistencia de la vía pecuaria, ya que las vías pecuarias no representan servidumbre de paso o carga alguna, ni derecho limitativo del dominio, y sí son, como precisa el artículo 1 del Decreto de 23 de diciembre de 1944, una faja de terreno de dominio nacional, o una faja o zona partícipe de la naturaleza propia del dominio público, como refiere la sentencia de 4 de noviembre de 1963, y por tanto su existencia surge de la propia clasificación y deslinde”, de lo que se deriva que ante dicho carácter de dominio público nada podrían las inscripciones registrales».

¹⁸ Sobre usucapión y vías pecuarias puede verse la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 así como el trabajo de BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., Imprescriptibilidad y recuperación de oficio de las vías pecuarias: un análisis de la Disposición Final 1.^a de la Ley de 27 de junio de 1974, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 1, 1993, 219 a 236.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

MADRID

SEMINARIOS DE LA REVISTA CRÍTICA Y ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

El día 25 de febrero de 2021, en el Colegio de Registradores, tuvo lugar el Seminario de la Revista Crítica y Asociación de Profesores de Derecho Civil, a través de la plataforma de Microsoft teams.

Con ocasión del 160 aniversario de la LH de 1861, se abre un ciclo de seminarios de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y la Asociación de Profesores de Derecho Civil

Con el siguiente programa:

17:00 h. Presentación a cargo de María Emilia Adán, Decana del Colegio de Registradores de España, Rodrigo Bercovitz, Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Civil y Javier Gómez Gállico, Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

17:25 h. «*La incidencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*». Francisco Javier Gómez Gállico. Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Registrador de la Propiedad. Letrado de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

17:45 h. «*La transmisión de la propiedad en la compraventa*». Ignacio Fernández Chacón. Profesor ayudante doctor de Derecho Civil.

18:10 h. Debate-coloquio.

18:30 h. Finalización del acto.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

MUÑIZ ESPADA, Esther, «*Relaciones contractuales de cooperación en el medio agrario y rural*», Aranzadi, 2020.

por

JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Murcia

Uno de los principales problemas que se plantean en el medio agrario es el modelo de pequeñas explotaciones cuya forma de agrupación tradicional no permite una gran capacidad de negociación en el sector, de modo que todo lo que ha rodeado el fenómeno de la cooperación o agrupación ha sido siempre un gran fracaso, con sus respectivas consecuencias sobre la rentabilidad del sector. Implicados ahora, en el momento de escribir estas líneas, en la reforma de la Ley de la cadena alimentaria y en la transposición de la Directiva 633/2019 puede avanzarse ya de entrada que solo será como mucho una pequeña aportación al logro de un tejido económico y social más sólido, pues la rentabilidad de este sector requiere de la confluencia de numerosas intervenciones de carácter decididamente integrales. En esta obra se nos ofrece, así, el estudio y análisis jurídico de una parte de este sector, con propuestas de *lege ferenda*, desde el ámbito de la economía colaborativa y la economía digital, pero tratando al mismo tiempo las clásicas figuras del Derecho civil en torno a la comunidad de bienes y del asociacionismo, como solución a una parte de la normativa agraria, pero una parte del problema que confluye sobre el núcleo esencial.

La Unión Europea no ha dejado de destacar las dificultades de muchas de las zonas rurales de la Unión con deficiencias estructurales, tales como una falta de oportunidades de empleo atractivas, una deficiencia de capacidades, una inversión insuficiente en conectividad, infraestructuras y servicios básicos, así como un considerable éxodo de personas jóvenes, que hace fundamental, como se ha reconocido, reforzar el tejido socioeconómico en esas áreas, en consonancia con la Declaración de Cork 2.0, especialmente a través de la creación de empleo y el relevo generacional, llevando el empleo y el crecimiento a las zonas rurales, promoviendo la inclusión social, el relevo generacional y el desarrollo de «aldeas inteligentes»; así, se resalta, precisamente, que las nuevas cadenas de valor rural, la energía renovable, la emergente bioeconomía, la *economía circular* y el ecoturismo, pueden ofrecer un buen potencial de crecimiento para las zonas rurales. En este contexto, los instrumentos financieros y la utilización de la garantía *InvestEU* pueden desempeñar un papel fundamental para garantizar el acceso a la financiación y para intensificar la capacidad de crecimiento de las explotaciones y las empresas agrarias.

Por todas estas razones ya en la PAC 2013 se llama a un esfuerzo de reagrupación y de cooperación, y en la actualidad son los documentos europeos en materia de medio ambiente los que destacan el valor y el compromiso hacia fórmulas más modernas de economía circular o economía colaborativa o *sharing economy*, que no son estrictamente lo mismo. Se llama, por tanto, a una agricultura de colaboración, sobre la misma base de un agricultor eficientemente conectado digitalmente, como parte de las transformaciones socio-económicas. Esto es especialmente visible en el *European Green Deal* de 2020, con su específica hoja de ruta, que ha sido en parte interrumpida solo por el fenómeno de la pandemia, o el documento *Biodiversidad 2030*. A través de todo ello se pretende favorecer y acelerar la transformación y transición hacia un modelo más sostenible de crecimiento inclusivo. Se considera, en sentido amplio, que un nuevo Plan de acción a favor de la economía circular ayudará a modernizar la economía de la UE, en cuanto que va más allá de una mera organización de intercambios, lo que pasa por el desarrollo de todas las técnicas de digitalización.

El Plan que se contempla a favor de este tipo de economía comprende una política destinada a promover un uso colaborativo sobre la base de una metodología y de unos principios comunes. Así, la influencia de la economía colaborativa sobre cada uno de los sectores a los que afecta y en cada área sobre la que se proyecta es diferente y exige variables muy diversas, aunque sus beneficios no han dejado de predicarse insistentemente en cada uno de sus ámbitos, en cuanto que cada vez se ha ido profesionalizando más; de este modo, la presente obra muestra las particularidades de la economía colaborativa para el medio agrario y rural, bien diferenciable de lo que se puede aplicar o de lo que puede acontecer en otros sectores o contextos en los que actúa la economía colaborativa.

El tratamiento se desarrolla en el contexto de un proyecto de investigación nacional que analiza el fenómeno de la economía colaborativa y sus aportaciones tanto en el medio urbano y en el de la vivienda como en el medio rural y en el agrario, con resultados muy diferenciados en cada uno de los casos, con una metodología y casuística completamente desiguales y claramente diferenciables.

Uno de los principios de la economía colaborativa es la racionalidad de los recursos, que para el ámbito de la agrariedad y ruralidad contribuirá a la competitividad del sector, en definitiva, para avanzar en la igualdad con el medio urbano, o, al menos, para unas nuevas relaciones entre el medio rural y urbano que aprovechen mutuamente sus recíprocos beneficios bajo una política de cohesión territorial, en un correcto equilibrio, y que se ofrece como un instrumento más y no en sustitución de otros, por lo que el estudio aborda, además de los supuestos de aplicación de la economía colaborativa desde el punto de vista del Derecho privado, aquellas otras instituciones propias del Derecho civil que redundan sobre la teoría de la comunidad de bienes o la gestión de bienes en común.

Todo ello no ha sido tan ampliamente practicado como su desarrollo permitiría en el ámbito agrario y rural, pero no por ello han dejado de conocerse en el medio rural algunas prácticas colaborativas, teniendo en cuenta que la economía colaborativa o las fórmulas de gestión compartida en este ámbito tiene unas condiciones particulares y requieren de una fisonomía legislativa de desarrollo distinta que para otros sectores.

Así, el estudio analiza y propone de *iure condendo* aquellas fórmulas que permitan, por medio de la coparticipación, cooperación o la gestión compartida, facilitar de manera más rentable el uso y el acceso a determinados bienes y servicios, para una mejor competitividad del sector agrario y para el dinamismo del medio rural, bajo una metodología preferente por hacer política legislativa, con

soluciones más viables y eficientes. Se trata, pues, de valorar lo que representan realmente para el sector tales aportaciones, caracterizadas por unas particulares relaciones jurídicas que plantean desde el punto de vista jurídico la creación de poderes jurídicos estables y oponibles frente a terceros sobre las cosas y no tengan el contenido del derecho real típico. Para el medio agrario y rural, como en otros ámbitos, aquí también se carece de un marco legal adecuado, no solo de las clásicas figuras del asociacionismo y de los bienes en común, sino también de lo que constituye estrictamente la economía colaborativa. El estudio pone la atención, así, sobre un específico ámbito jurídico que merece una valoración autónoma e independiente en el ámbito de las relaciones contractuales y de los derechos reales, y que está por implantar o renovar en este contexto de la agrariedad.

Sobre estas premisas, la obra se centra en el análisis, y las respectivas propuestas de *lege ferenda*, en relación con la figura del servicio sustitutorio que pusiera en marcha ya el Reglamento 1305/2013, el tema relativo a la normativa específica sobre la agrupación de agricultores para la adquisición y compartición de maquinaria agraria, los posibles desarrollos para el medio agrario y rural del contrato de sociedad, la normativa sobre la concentración de la oferta, los problemas en relación con el asociacionismo, la aplicación de algunas instituciones propias de la economía colaborativa, como el *crowdfunding* para la consecución de los objetivos de dinamización del medio rural, y las posibles iniciativas de la gestión compartida en este medio agrario y rural. Así, el fortalecimiento de los poderes contractuales de los productores y de los operadores agrarios hace necesaria la actualización de las tradicionales figuras y del aprovechamiento de las utilidades de la presente economía colaborativa, a través del surgimiento de nuevos modelos. De modo que, sea cual sea el nivel de eficacia que se alcance se hace siempre necesaria una línea de fomento a nivel legislativo de las diversas *formas de acción en común*.

Por todo ello, no cabe más que resaltar la oportunidad y novedad temática de la obra, al menos inédita en nuestro contexto.

LUQUE JIMÉNEZ, María, «*El rango registral en las novaciones de hipoteca*», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la propiedad adscrito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

La autora María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ es profesora titular de Derecho civil en la Universidad de Málaga. Se doctoró en Derecho en 2005 con Mención de Doctorado Europeo con la Tesis Doctoral: «Delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento urbano». Ha realizado diversas estancias de investigación en universidades nacionales (Gerona, Santiago de Compostela) e internacionales (Universidad París II, Panteón Assas; University College London).

Destacan sus trabajos de investigación sobre diferentes temas de Derecho civil especialmente en el ámbito del derecho inmobiliario registral y de la responsabilidad civil. Como reconocimiento a la calidad de su actividad investigadora en el ámbito registral, le fue concedido en el año 2012 el Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario por el artículo «El control registral de la edificación». Y en el año 2015 se le concedió el Premio «Decanato Territorial de Registradores de Andalucía Oriental» concedido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada por el artículo «Acceso al registro de la ejecución judicial de la hipoteca».

En esta ocasión nos encontramos ante un estudio detallado de la relación existente entre la modificación de préstamo hipotecario y el rango registral.

La elección del tema resulta acertada ya que la novación del préstamo hipotecario es una figura de gran relevancia en la práctica bancaria, y se utiliza cotidianamente para adaptar un préstamo existente a nuevas circunstancias económicas sobrevenidas, sin tener que soportar los costes, principalmente fiscales, que supone la cancelación del préstamo para la constitución de otro nuevo con distintas condiciones. Se trata, por tanto, de una figura jurídica indispensable, ya que en los largos plazos de amortización que suelen pactarse en la mayoría de los préstamos hipotecarios se suceden cambiantes ciclos económicos. Esta coyuntura económica variable puede determinar condiciones financieras novedosas o cambios en la situación económica del deudor que requieren la modificación del préstamo.

Dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza cualquier modificación de la relación obligatoria implica una modificación de la hipoteca, de modo que todo cambio en los elementos personales o en el contenido de la obligación afecta a la hipoteca y debe tener el correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad.

El eje central del estudio es la problemática de la constancia en el Registro de cargas intermedias entre la hipoteca inicialmente constituida y la novación de la misma, ya que es fundamental determinar hasta qué punto una modificación posterior de la hipoteca primeramente constituida afecta desfavorablemente a las cargas intermedias.

Y en este punto la autora ha sabido seleccionar el tema al identificar la problemática jurídica que se ha suscitado en esta materia, siendo un tema de actualidad y no exento de cierta polémica.

Como resalta la autora en varios puntos de su trabajo la norma que regula esta materia (art. 4.3 de la Ley 2/1994) carece de la precisión que requeriría un asunto de este calado. Ello ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre su contenido y sobre las consecuencias de la inscripción de la novación sobre el rango.

En cuanto a la estructura del trabajo, tal y como se anticipa en el prólogo, nos encontramos ante un estudio profundo y analítico de la conexión entre la novación y el rango registral. El orden expositivo responde bien a las expectativas a la vista del título de la obra.

Así, se dedica un primer capítulo a hacer una aproximación del concepto de rango respecto a las modificaciones de derechos inscritos en general, quedando claro como punto de partida el principio de prioridad registral, conforme al cual los titulares de cargas no pueden resultar perjudicados por ningún asiento que se practique en virtud de un título que ingrese al Registro con posterioridad a su derecho inscrito, ya que gozan de mejor rango.

Resulta destacable en este capítulo la alusión a otro supuesto conflictivo como es el de las ampliaciones de embargo existiendo titulares de derechos in-

termedios, que sirve de antecedente al supuesto que concita el interés central del trabajo. En el libro se analiza cómo la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia, ha mantenido una doctrina constante y reiterada en admitir la ampliación con la misma preferencia que la anotación inicial siempre y cuando se restrinja, bien a nuevos intereses o costas, bien a un principal que pueda hacerse valer en el mismo procedimiento, como sucede con los vencimientos posteriores de la misma obligación.

Los siguientes capítulos se dedican al estudio de la inscripción de la novación siguiendo dos líneas conceptuales. En primer lugar perfilar si es o no inscribible la novación, en función de cuáles sean los asientos posteriores. Los supuestos de novaciones en caso de agrupaciones o segregaciones posteriores, de hipotecas en ejecución, o sobre fincas sujetas a prohibición de disponer, son los casos particulares que se tratan en este capítulo, que concluye con un supuesto frecuente en épocas de crisis como es el de la novación una vez vencido el plazo del préstamo. En este aspecto se destaca cómo estos casos novedosos en su momento, fueron admitidos por la DGRN frente a posiciones doctrinales contrarias, realizando una fluida exposición de los argumentos sostenidos por el Centro Directivo.

Alcanzada la conclusión general de la inscribibilidad de la novación, en segundo lugar, se abordan sistemáticamente los tipos de novación atendiendo al contenido de la misma. Con esta exposición el trabajo alcanza una interesante dimensión práctica, ya que permite fácilmente al lector encajar los diferentes supuestos de hecho que pueden aparecer en la práctica registral para verificar la solución desde el punto de vista legal y de la doctrina de la DGRN.

Tras la exposición de las diversas posibilidades novatorias y sus consecuencias sobre el rango, el cénit de este estudio se alcanza en el tratamiento de los polémicos supuestos de alteración del plazo y de ampliación de capital.

En cuanto a la alteración del plazo, destaca la autora las dificultades interpretativas que plantea la redacción legal que se reflejan en las diversas posiciones doctrinales e incluso de la propia DGRN. Asimismo, se focaliza la atención en la crucial Resolución de 14 de mayo de 2015 que zanja la polémica de modo definitivo afirmando que la ampliación del plazo no provoca, por sí sola, la pérdida de rango de la hipoteca que garantiza esa operación.

Respecto de la ampliación del capital, se parte de la base de que con la introducción en nuestro ordenamiento de la figura de la hipoteca recargable a partir de la Ley 41/2007, se permite ampliar el capital del préstamo inicial sin necesidad de constituir una segunda hipoteca, incluso aunque existan acreedores posteriores.

Tras diversas interpretaciones sobre el alcance de esta figura, la DGRN estima que se limitan los supuestos de alteración de rango a los casos de «*ampliación del capital cuando, además, implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo*» (simultánea, previa o posterior).

La obra sigue un acertado hilo conductor: una vez vistas las reglas sobre mantenimiento de rango y los supuestos de su aplicación, teóricos y prácticos; se analizan por último las consecuencias de la pérdida de rango. Aquí la doctrina de la DGRN lleva a concluir a la autora que en ningún caso perjudicará la hipoteca originariamente constituida, sino que, caso de producirse, se entenderá que existen dos hipotecas diferentes a efectos de terceros.

Asimismo se cierra el trabajo con el estudio de la figura jurídica de la condición suspensiva aplicada a la novación, ya que a ella acuden las entidades

bancarias con la finalidad de asegurarse el mantenimiento del rango en todo caso, aun existiendo cargas intermedias a la novación acordada. El desarrollo de esta parte final del trabajo pormenoriza las diferentes configuraciones que suelen aparecer en la práctica bancaria y sus consecuencias registrales.

En conclusión, nos encontramos con una brillante monografía caracterizada por un certero enfoque práctico en el estudio de una materia marcada por un interesante debate jurídico. Durante todo el trabajo se analizan diversos supuestos de hecho específicos, frecuentes en la práctica registral, a la luz de la doctrina de la DGRN, lo que conecta el estudio teórico con los casos más conflictivos que han sido objeto de debate en recursos contra la calificación. En el planteamiento de cada cuestión se observa como la autora se esmera en mantener un orden expositivo, de modo que comienza con las diversas posiciones teóricas y doctrinales para concluir con la solución alcanzada por la DGRN que es, en definitiva, la que marca el camino a seguir en el día a día registral.

Estamos por tanto de enhorabuena con este libro quienes nos gusta profundizar en el estudio del Derecho civil y en especial del registral, combinando lo teórico y lo práctico.

CAZORLA GONZÁLEZ, María José, «*Armonización europea de las prácticas comerciales desleales: nuevas medidas para equilibrar la negociación en la cadena alimentaria*», Editorial Dykinson, 2020.

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS

Profesor contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Complutense de Madrid

La obra que el lector tiene en sus manos desarrolla como principal objetivo el análisis del reciente marco normativo que afecta a la negociación de la cadena alimentaria, apuntando la autora los principales problemas que se producen en el contrato de compraventa y suministro de productos alimentarios en general y, en particular, en los productos agrarios con especial referencia a las frutas y hortalizas.

Para ello, estructura la obra en siete capítulos, centrando el primero de ellos en la familia agraria, donde el productor, es el sujeto a proteger en la cadena alimentaria, pues parte de los desequilibrios que se producen en la negociación, se derivan de la falta de poder de negociación del productor. El libro dedica su primer capítulo a valorar la posición en el mercado del productor, atendiendo a su integración como socio de cooperativas agrarias, sociedades agrarias de transformación (SATs), u organización de productores (OP); o bien, sin integrarse en entidades asociativas y negociar como parte de una comunidad de bienes o a título individual como profesional.

A continuación, en el capítulo segundo analiza la vulnerabilidad del colectivo que se pretende proteger, aunque como defiende la profesora CAZORLA, no siempre de manera satisfactoria y congruente con los objetivos que se pretenden en la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales, en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario; o las dispuestas en el Proyecto de ley de reforma de la cadena alimentaria; argumentando en

paralelo las dificultades que el intervencionismo público ocasiona en la esfera privada de la contratación, con jurisprudencia actual de TJUE, en el contexto de comercialización dentro y fuera de la Unión Europea.

En el capítulo III analiza el contrato de compraventa y el contrato de suministro alimentario, desde una perspectiva crítica en su aplicación, pues mientras la compraventa es un contrato regulado, el contrato de suministro es atípico, y su uso deriva en problemas que se plantean en el libro, donde buena parte de la casuística se hace con especial referencia a las organizaciones de productores de frutas y hortalizas, en lo que a la concertación de los precios por las cooperativas agrícolas, SATs u organización de productores de frutas y hortalizas (OPFH) se ven afectadas, así como en la práctica colusoria bajo derecho de la competencia. Todo ello con un análisis de las ventajas e inconvenientes derivados del contrato tipo homologado por el Ministerio de Agricultura para algunos productos y, de la utilización del contrato marco, no siempre adecuada a los intereses de las partes implicadas en la relación jurídica comercial.

El siguiente capítulo lo centra en el Código de buenas prácticas y en las normas de defensa de la competencia, para posteriormente analizar las prácticas comerciales desleales recogidas en la Directiva, y centradas en el abuso de poder de la posición dominante, así como en las excepciones reguladas en la citada norma, argumentando la solución extrajudicial de conflictos como un instrumento a fomentar en los conflictos derivados de las relaciones jurídicas entre las partes de la cadena alimentaria.

El último capítulo recoge la transposición de la Directiva en el Proyecto de ley de reforma de la cadena alimentaria y algunas de las medidas que la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, regula y que quedaban establecidas previamente en el texto del RD 5/2020, que apuntaba la intervención de nuevas medidas para paliar las asimetrías existentes en la negociación de la cadena alimentaria, apuntando la autora la necesidad de modificar el ámbito de aplicación de la ley recogido en el proyecto de ley, regulación de los contratos de suministro alimentario, así como la armonización de su terminología con la europea. Finalmente, dedica el último apartado del capítulo a la transposición de la Directiva en 7 de los 27 países miembros de la UE.

Esta monografía, necesaria para que el lector sea consciente no solo de todas las novedades legislativas acontecidas en 2020 que afectan a los contratos alimentarios, sino para que, de la mano de su autora, conozca la situación e instrumentos para mejorar el funcionamiento en la negociación de la cadena alimentaria, convirtiéndose en un instrumento útil a nivel teórico y práctico.

Su estudio en el que aporta soluciones y argumentos desde diferentes perspectivas, tratando de dar respuestas a los problemas que acontecen en las relaciones jurídicas, que debieran estar siempre apoyadas sobre la buena conducta comercial y los principios de buena fe y comercio justo. Y para ello, bajo el apartado V del último capítulo se redacta en forma de cuestionario el análisis de las cinco medidas que se incorporan a la Ley 8/2020, con preguntas que a menudo el sector formula y a las que da su perspectiva en cada respuesta. A modo de ejemplo, contesta a preguntas como: ¿Debe haber un precio mínimo ajustado al coste de producción que sea fijado en el contrato alimentario?, o ¿Quién es el responsable último de que se respete los costes efectivos de producción, el comprador o el vendedor?

Formato que repite en el apartado VI del capítulo V centrado en las medidas establecidas en el Proyecto de Ley de reforma de la cadena alimentaria, donde responde a cuestiones como ¿Se aplicará la nueva Ley de la cadena alimentaria

a la trazabilidad del producto?, ¿Un contrato que no se firme por escrito en la etapa de la producción o de la distribución será nulo?, o el pago de costes de promoción del producto ofertados por el comprador a sus clientes ¿puede ser asumido por el productor en el contrato de venta? Estas y otras preguntas, son contestadas en este libro, donde la autora no se limita a sistematizar o analizar, sino a contestar dudas que surgen de la aplicación del marco legal, debilidades que deben mejorarse desde su opinión y las fortalezas que las nuevas novedades legislativas aportan.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, «*La guarda y custodia*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

por
ISAAC TENA PIAZUELO
Catedrático Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Un efecto indirecto de la época tan complicada que nos está tocando vivir, en que muchas actividades quedan en suspenso, es que deberíamos disponer de más tiempo para recuperar tareas pendientes. Creo que lo es recensionar la monografía del Dr. Javier MARTÍNEZ CALVO que se corresponde con su tesis doctoral, brillantemente defendida (en 2018) ante un tribunal presidido por la Dr.^a GUILARTE MARTÍN-CALERO (y del que yo mismo formé parte como secretario). Se presentó con «mención internacional», que se justificaba con el recurso comparativo al Derecho italiano que fue especialmente bien valorado por el Dr. ANCHELO VENCHIARUTTI (*Università degli Studi di Trieste*) como vocal de la comisión juzgadora. Afirmer el mérito de aquel trabajo de investigación no resulta arriesgado, pues el autor fue doblemente galardonado con Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad y Premio del Consejo Económico y Social de Aragón. Además constituyó el punto de partida de una nueva producción científica postdoctoral.

El libro a que me refiero cuenta con un interesante prólogo de los profesores M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO y Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (quienes también fueron los directores de la tesis de que la monografía trae causa). Quisiera llamar la atención sobre la utilidad del referido prólogo para preparar al lector, pues a mi juicio planifica el itinerario con el que se va a recorrer el libro. Y resume muy bien, en particular, cómo ha evolucionado la consideración de la custodia compartida en nuestro ordenamiento jurídico. Comenzando por la constatación de que el régimen contenido en el Código civil para la atribución de la convivencia con los hijos, tras la ruptura familiar, resultaba insuficiente. En 2005 se acometieron algunas importantes reformas del Código, no tanto en extensión como en trascendencia (baste recordar el *matrimonio igualitario* y el *divorcio exprés*, como señas de lo acontecido), que también afectaron al régimen de la guarda: «la modificación se hizo —dicen los autores del prólogo— con una técnica legislativa mejorable y dejó en el aire cuestiones como los criterios que debe tener en cuenta el juez para su determinación, el modo de ejercicio o configuración concreta del régimen y las consecuencias que tiene en otras medidas como la contribución a los gastos de los hijos y el uso de la vivienda familiar». En

una tercera etapa de evolución, podría decirse que algunas CCAA (adelantándose en el tiempo, por poco, la aragonesa) trataron de llevar más lejos que el Derecho común la aplicación de la modalidad alterna de la guarda, y al amparo de sus competencias en Derecho civil se dieron regulaciones propias (adelantándose, bastante, la Comunidad de Aragón al dotar la custodia compartida con el carácter de preferente sobre la exclusiva). A partir de ahí la evolución ha seguido un diverso curso, del que se pueden dar algunos trazos. En Aragón, por ejemplo, se produjo (en 2019) una especie de «regreso» respecto de la consideración de la modalidad compartida de la guarda como regla (que ya ha perdido en la actualidad su carácter preferente). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se abrió camino un principio general que todavía se mantiene con ese carácter: la custodia compartida no debe ser considerada como una medida excepcional, sino normal y deseable. A nivel del Derecho común, pueden entenderse como fracasadas —por el momento— las iniciativas para modificar la actual regulación de la guarda en el Código civil. Y todo esto sucede en un contexto social de constante crecimiento de las soluciones de guarda alterna en las separaciones y divorcios con hijos menores: según las estadísticas del INE, referidas a 2019, en el 37,5% de los casos la custodia fue compartida (porcentaje que en 2018 se situaba en el 33,8%, o en 2010 —pej.— apenas pasaba del 10%).

Volvamos al cuerpo principal de la obra. Su título puede parecer algo genérico, aunque precisamente por eso se ajusta bastante a su contenido. El estudio de la guarda alterna de los hijos tras la ruptura de la convivencia ocupa un plano central en el conjunto. Pero, para aproximarlos, se ofrece en el libro una perspectiva extensa de las consecuencias jurídicas de las crisis de pareja. Es decir, como presupuesto, se explica la patria potestad (en cuanto a su origen, su ejercicio, privación, suspensión, *etc.*); los aspectos personales y patrimoniales de la crisis matrimonial; los derechos de los hijos durante la minoría de edad; cuestiones procesales en el ejercicio de acciones; procedimientos alternativos de solución de conflictos, *etc.* Y, por supuesto, aborda de una manera omnicomprensiva (y con una abundante casuística) los presupuestos y consecuencias de la custodia compartida ¿Hubiera podido plantearse, sin más, esto último? Probablemente (a riesgo de coincidir, entre las referencias bibliográficas, con títulos que parecen idénticos), pero el autor se propuso utilizar un ajuste gradual de su perspectiva que logra que su trabajo resulte provechoso tanto para especialistas patrios, como extranjeros, y que además sea bastante asequible a quienes no lo son tanto. En los últimos años la temática de la custodia compartida ha suscitado un acusado interés, primero por la demanda social, en movimientos asociativos e incluso en agrupaciones de carácter político, e igualmente para los juristas (amén de otras especialidades de las ciencias sociales y humanas, hasta de las áreas médicas). Y, con alguna frecuencia, cuando la doctrina ha abordado directa y exclusivamente aquella modalidad de convivencia tal vez con ello se haya oscurecido la comprensión y las distinciones de la guarda y la custodia en nuestro ordenamiento. Lógicamente, sí se echará en falta en la monografía una referencia a los acontecimientos más actuales originados tras su publicación, que han producido ciertas prescripciones normativas propias y la adopción de determinados criterios prácticos por los tribunales (algunas Juntas de Jueces de Familia se manifestaron, en el momento más álgido de las restricciones a la movilidad personal, partidarios de la suspensión del régimen de custodia compartida), que el autor no podía adivinar (ni nadie, hace apenas unos meses).

Como en todo trabajo de investigación propiamente dicha tal vez se encuentren en el libro afirmaciones que, por admitir un cierto margen de valoración,

no se compartan. Pero creo que también es cierto que el autor hace gala de una objetividad que no siempre resulta cómodo mantener. Sobre todo cuando la medida específica de guarda que se patrocine para una concreta situación de ruptura familiar —a nadie se le escapa— tiene sus propias consecuencias con relación al pago de pensiones alimenticias y la atribución del uso de la vivienda. Y esta secuencia de aspectos que derivan de la compañía de los hijos con un progenitor u otro fácilmente puede instrumentalizarse (repito que no es el caso del autor), con determinados prejuicios de carácter ideológico en sentido amplio. Creo que se elude incluso una valoración genérica de la custodia compartida, postergándola con acierto al interés del menor como concepto jurídico prominente. Este principio general («criterio rector», como lo denomina el autor) se aborda con detalle en la monografía, no en vano es una temática que ya había cultivado en algún trabajo anterior. Sin embargo tal recurso puede resultar algo tautológico, cuando la pregunta sobre cuál es el interés del menor se responde diciendo que habrá de concretarse recurriendo de manera particular a la Ley Orgánica 1/1996 (reformada en 2015). Pues sucede que, a su vez, aquella Ley busca concretar el interés del menor a través de una sucesión de conceptos jurídicos indeterminados que nos conducen al propio punto de partida. El Dr. MARTÍNEZ CALVO pone el dedo sobre una realidad: con frecuencia cabe considerar que, a la hora de tomar decisiones concretas sobre el interés del menor, los jueces están bastante desasistidos. Lleva algo de razón, al final tienen que asumir el riesgo de tomar determinadas decisiones. Lo que me da pie para hacer otro tipo de planteamiento: hace tiempo que se viene reclamando (por asociaciones de jueces, y de abogados de familia, también por alguna doctrina científica) que es necesario revalorizar el papel y la consideración de los jueces de familia, incluso sería conveniente crear una jurisdicción especializada. La sustantividad de los conflictos familiares (su materia prima) es tan peculiar, tan compleja, tan distinta de otras controversias litigiosas, que resultaría muy provechoso que se crease una jurisdicción *ad hoc*, servida por magistrados que posean la condición de especialistas, con fiscales adscritos de manera específica, incluso con abogados que cuenten con esa preparación funcional. Este objetivo todavía parece muy alejado de nuestra realidad actual pues, como hacía notar hace apenas unas semanas la presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia, si en nuestro país solamente hay ciento veinticuatro Juzgados de Familia, repartidos en cincuenta y seis partidos judiciales, puede concluirse que más de la mitad de los ciudadanos no tienen acceso a un servicio público especializado.

En los términos de las opiniones discutibles (aunque sin excesiva controversia) que aparecen en la monografía, podría quedar el intento de establecer comparaciones entre las diversas normas autonómicas que se han dictado sobre la guarda de los hijos, valorando hasta dónde llega la preferencia de la custodia compartida. A mi juicio la cuestión podía plantearse también de otra manera más radical: en algunos Derechos forales, más que una preferencia, se venía a reconocer el automatismo o inflexibilidad de la tenencia compartida. Tal fue el caso del Derecho aragonés (antes de la modificación producida en marzo de 2019), o del Derecho civil valenciano (antes de que se declarara su inconstitucionalidad en 2016), pero pienso que (por razones que sería muy prolijo explicar aquí) resulta distinto el planteamiento del Derecho de Cataluña, o en el País Vasco, o Navarra.

En suma, el libro de Javier MARTÍNEZ CALVO ofrece un planteamiento muy minucioso de las crisis de convivencia de las parejas con hijos, resultando especialmente útil. También por el importante aporte de fuentes bibliográficas, que utiliza con profusión de detalles, que facilitan la comprensión del *status quaestio-*

nis sobre la problemática de la guarda. Constituye un trabajo de referencia (para la investigación, o la práctica profesional) que sintetiza la doctrina producida con anterioridad, así como los pronunciamientos judiciales más relevantes en múltiples ámbitos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores y Audiencias provinciales).

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 Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ 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

