

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCIX • Septiembre-October • Núm. 799

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 XCIX • Septiembre-Octubre 2023 • Núm. 799

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-244/2023
Fecha de certificación: 14 de julio de 2016 (5ª convocatoria)
Válido hasta: 28 de julio de 2024

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: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

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.

ÓRGANOS RCDI

Presidente

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Comité editorial

Doña María Emilia Adán García

Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Basilio Aguirre Fernández

Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Celestino Pardo Núñez

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Consejo científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállego

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Juan María Díaz Fraile

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Fernando Pedro Méndez González

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Basilio Aguirre Fernández

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Carmen Alonso Ledesma

Catedrática Emérita de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid

Don Andrés de la Oliva Santos

Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

Don Fernando de la Puente Alfaro

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Joaquín Delgado Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla

Don Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago

Don Eugenio Gomeza Eleizalde

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Vicente Guilarte Gutiérrez

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

Don Guillermo Jiménez Sánchez

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla

Don Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz

Registradora de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pantaleón Prieto

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Ángeles Parra Lucán

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza

Doña Juana Pulgar Ezquerria

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí

Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes

Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero

Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez

Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín

Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle

Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas

Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado

Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / SUMMARY

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS	
ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes / <i>Antichresis as a private legal instrument of financing for the care of persons declared dependent</i>	2563
NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás: El fracaso del sistema Torrens en los Estados Unidos / <i>The failure of the Torrens System in the United States of America</i>	2601
TRINCADO AZNAR, José María: El concebido no nacido / <i>The unborn conceived</i>	2641
ESTUDIO LEGISLATIVO	
CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente / <i>Legal regime applicable to the rental and subletting of rooms intended for permanent housing</i>	2681
DICTÁMENES Y NOTAS	
IZQUIERDO GRAU, Guillem: La incidencia de la ciberseguridad en la conformidad de los bienes con elementos digitales / <i>The impact of cybersecurity on the conformity of goods with digital elements</i>	2731
DERECHO COMPARADO	
OTAROLA ESPINOZA, Yasna: El Catastro en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles: Un estudio comparado entre el régimen de la propiedad en Chile y Alemania / <i>The Cadastre in the legal traffic of real estate: A comparative study between the property regime in Chile and Germany</i>	2751

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..... 2781

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH / *Some issues about filiation, national identity, and the right to “respect for private and family life” of art. 8 ECHR in the jurisprudence of the ECtHR*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2855

1.2. Derecho de Familia

— La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad. su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (y ii). / *The confession of privacy and the presumption of matrimonial property. its operation against creditors and heirs before the privacy attribution agreement*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT. 2875

1.3. Derecho Reales

— Evolución del derecho de cosas y sus retos de futuro / *Evolution of law of things and its future challenges*, por María Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2915

1.4. Sucesiones

— El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible. Sobre el usufructo viudal universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados / *The usufruct of money as usufruct of consumable goods. On the universal surviving spouse usufruct and its eventual unwanted effects*, por María MEDINA ALCOZ..... 2935

1.5. Obligaciones y contratos	
— El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo / <i>The control of the arrangement fee according to the doctrine of the TJUE and the Supreme Court</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO	2971
1.6. Responsabilidad Civil	
— La responsabilidad del cedente en la cesión de créditos. Análisis de los artículos 1529 y 1530 del código civil / <i>The assignor's liability in the assignment of receivables. Analysis of the Articles 1529 and 1530 of the Civil Code</i> , por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ	3003
1.7. Concursal	
— La exoneración del crédito público en el Derecho transitorio tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal / <i>The exoneration of public credit in transitional law after Law 16/2022, of September 5, reforming the Consolidated Text of the Bankruptcy Law</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS	3021
2. MERCANTIL. DERECHO DE DAÑOS	
— La responsabilidad extracontractual del asesor registrado en el MAB. ¿Un caso del artículo 1107 CC? / <i>The responsibility of MAB registered advisor. A case of article 1107 CC?</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	3049
3. URBANISMO	
— Soluciones para la definición de parcelas edificables desde un proyecto de reparcelación: los espacios interpuestos / <i>Solutions for the definition of buildable plots by a plot-division project: interposed spaces</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN	3063

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. “*Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, 775 páginas, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 3079

ESTUDIOS

La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes

Antichresis as a private legal instrument of financing for the care of persons declared dependent

por

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Catedrático de Derecho de la Universidad de Granada

Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, s/n, 18071, Granada

RESUMEN: Es objeto de estudio el contrato de préstamo garantizado mediante un derecho real de anticresis para financiar tanto la estancia de una persona declarada dependiente en una residencia de mayores como la asistencia domiciliaria. Una singularidad de esta anticresis es que el acreedor anticrético se compromete a arrendar la vivienda entregada en garantía para pagar con las rentas los intereses del préstamo, así como para amortizar el capital concedido.

ABSTRACT: The subject of this study is the loan contract secured by a right in rem of antichresis to finance both the stay of a person declared dependent in a nursing home and home care. A singularity of this antichresis is that the antichresis creditor undertakes to lease the property given as security to pay the interest on the loan with the rents and the capital refund granted.

PALABRAS CLAVE: Préstamo. Derecho real de anticresis. Residencia de mayores. Asistencia domiciliaria. Personas declaradas dependientes. Vivienda arrendada.

KEYWORDS: Loan. Right in rem of antichresis. Nursing home. Home care, declared dependents. Rented house.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PRIVADOS ASISTENCIALES PARA PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES.—III. LA ANTICRESIS ASISTENCIAL COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA.—IV. EL MARCO LEGAL DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE.—V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE SEGÚN LA LCCI. 1. EL DEUDOR ANTICRÉTICO. 2. EL ACREEDOR ANTICRÉTICO. 3. EL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO. 4. LA CONCESIÓN DEL CRÉDITO. 5. LA VIVIENDA CUYA POSESIÓN SE ENTREGA EN GARANTÍA. 6. EL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA POR EL ACREEDOR ANTICRÉTICO. 7. EL RENDIMIENTO NETO DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA. 8. CONSERVACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA VIVIENDA DADA EN GARANTÍA. 9. EL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 10. LA VENTA DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 11. LA VENTA JUDICIAL DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 12. LA POSICIÓN DEL ACREEDOR ANTICRÉTICO EN RELACIÓN CON OTROS ACREEDORES. 13. LA CESIÓN DE DERECHOS DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO. 14. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO.—VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, incorpora en la disposición final vigésima novena una modificación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En concreto, se introduce la disposición adicional décima tercera en la Ley 5/2019, cuya redacción —un tanto farragosa, defectuosamente escrita y excesivamente larga— es la siguiente: “Los créditos inmobiliarios concedidos de conformidad con lo establecido en la presente ley, a personas que tengan declarado administrativamente un grado de dependencia de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que tengan como garantía un derecho real de anticresis, cuyo importe se destine, principalmente, a financiar el coste de los cuidados de una persona dependiente, y que la vivienda garante vaya destinada al mercado de alquiler, tendrán el mismo tratamiento que la hipoteca inversa con respecto al Impuesto sobre actos jurídicos documentados, aranceles notariales y registrales, en los términos establecidos por la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25

de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria”. Además, se dice en la misma que: “En la escritura pública de crédito deberá constar el destino del crédito y el compromiso del acreditado de destinar los fondos recibidos a satisfacer principalmente los costes de estancia en una residencia de mayores u otros costes asistenciales domiciliarios, además del compromiso de destinar la vivienda gravada con anticresis al mercado de alquiler”. Termina diciendo la disposición que “El mismo régimen se aplicará también a la cancelación de los créditos con garantía de anticresis que reúnan los requisitos del párrafo anterior¹.

La disposición adicional transcrita acoge una figura jurídica hasta ahora bastante desconocida en los medios financieros y en el mundo notarial. Pero lo verdaderamente sorprendente es el uso real de esta figura a instancia de algunas entidades de crédito², haciendo resucitar un derecho real de garantía casi olvidado y desterrado por su poca utilidad como instrumento de garantía^{3 4}. En la doctrina también se había detectado este nuevo instrumento de conversión de activos inmobiliarios⁵, así como su creciente utilización e interés del mismo en el mercado financiero.

La nueva disposición adicional, incorporada a la Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI) resuelve una cuestión tributaria y de reparto de gastos en el momento de la constitución de una anticresis mediante escritura pública cuyo objetivo es la financiación de la asistencia de personas declaradas dependientes. El supuesto concreto que se contempla es el siguiente: la constitución de un préstamo garantizado mediante el derecho real de anticresis en escritura pública (que no es un requisito de validez de la anticresis según se colige del Código civil), en la que debe constar el destino del crédito (es un elemento de tipificación de esta nueva figura), consistente en financiar la residencia en mayores o la asistencia en domicilio de personas que han sido declaradas dependientes (otro elemento de tipificación). En garantía se entrega una vivienda (que no es la vivienda habitual, como en la hipoteca inversa), la cual se destina al mercado de alquiler. Es requisito subjetivo que el prestatario sea una persona que previamente haya sido declarada en situación de dependencia de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Estos requisitos mínimos reducen considerablemente el ámbito de aplicación de la disposición adicional a esta anticresis, que puede denominarse «anticresis asistencial». Pero nada impide, en virtud de la autonomía privada (art. 1255 CC), la constitución de otras anticresis con finalidades también asistenciales, como, p. e., cuando una persona de avanzada edad o una persona con discapacidad, pero sin ser persona declarada dependiente, necesita de otros ingresos complementarios para poder financiar la estancia en una residencia de mayores

o remunerar a terceras personas para que la asisten en el domicilio. Incluso, si el prestamista y el prestatario no quieren acogerse a la disposición adicional, celebrando el contrato de préstamo anticrético en documento privado, no supone ninguna infracción legal, sino una simple renuncia a las ventajas tributarias y de naturaleza arancelaria que ahora se contempla en la LCCI. La nueva disposición adicional no contempla un régimen legal pormenorizado de esta anticresis objeto de nuestro estudio.

La principal finalidad de la norma insertada por la Ley 31/2022 es que el régimen de determinados gastos tributarios y arancelarios sea el mismo que rige para la hipoteca inversa.

El origen de esta norma se debe probablemente a las dudas que las primeras escrituras de anticresis planteaban sobre el tipo de tributación y los aranceles notariales y registrales. Al parecer también hubo alguna controversia sobre la aplicación o no de la LCCI a esta singular anticresis. Estas dudas han quedado resueltas con esta modificación de la LCCI. Surgirán seguramente ahora nuevas controversias en la praxis financiera, notarial y registral. Algunas de ellas trataremos de examinar en este estudio.

II. OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PRIVADOS ASISTENCIALES PARA PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES

Son muchas las personas que por circunstancias muy diversas necesitan de ingresos complementarios, pero tienen un patrimonio que le genera poco rendimiento económico o ninguno. En lugar de desprenderse de sus bienes, con la consiguiente descapitalización patrimonial, prefieren obtener un rendimiento económico a través de otros medios, siendo el instrumento más común el arrendamiento, sobre todo cuando son inmuebles. Pero a veces optan por darlos en garantía de un crédito que un particular, un profesional o una entidad crediticia les concede. Las personas de cierta edad avanzada y las personas en situación de dependencia se encuentran entre las que necesitan en ocasiones un apoyo financiero para cuando ingresan en una residencia de mayores o precisan asistencia domiciliaria. Cualquiera de nosotros conoce situaciones en las que el apoyo económico no solo es necesario sino imprescindible por los elevados costes que supone estar ingresado en una residencia de mayores o requerir de la asistencia de terceras personas en su domicilio.

Son muy diversos los instrumentos jurídicos privados específicos de conversión de activos inmobiliarios para poder financiar este tipo de prestaciones⁶. Cabe citar, en primer lugar, por su cercanía a la anticresis asistencial, la hipoteca inversa. Aun siendo muchas las diferencias que separan ambas instituciones,

tienen en común que son garantías reales de un crédito que se concede por una tercera persona, solo que la anticresis asistencial es una garantía más débil que la hipoteca inversa, ya que, como cualquier anticresis, no es ejecutable (el titular del real de anticresis solo tiene un derecho de retención, según los arts. 1886 y 1866.2 CC, así como la opción de instar la venta judicial en caso de impago, según el art. 1884-2 CC), salvo que se haya insertado un pacto marciano (no es contrario al art. 1884 CC). A diferencia de la hipoteca inversa, la anticresis no requiere para su constitución la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque fuese deseable para su eficacia *erga omnes* (la doctrina registral habla entonces de inscripción conformadora, configuradora o cuasi-constitutiva).

Ahondaremos a lo largo de este estudio en las similitudes y diferencias entre ambas garantías reales.

Entre los contratos de conversión de activos inmobiliarios de origen financiero pueden señalarse la vivienda-pensión (venta de la misma a cambio de un seguro de vida-ahorro por vida), cesión por alquiler (del que se encarga una empresa que trabaja en el mercado de alquiler) o la hipoteca-pensión (muy similar a la hipoteca inversa).

Una figura acaso más atractiva que las anteriores para convertir activos inmobiliarios es la renta vitalicia, regulada en los artículos 1802-1808 CC, cuya función de apoyo económico es tenida en cuenta para las personas en situación de discapacidad cuando quien las asista es un curador (cfr. art. 287.9.º CC después de la Ley 8/2021, de 2 de junio —entre las figuras análogas al que se refiere el precepto, podría incluirse cualquier tipo de anticresis asistencial—). El poder de configuración de la renta vitalicia es mucho mayor que la hipoteca inversa o la anticresis asistencial. Así, p. e., el interesado en una renta vitalicia puede transmitir no solo la vivienda sino cualquier otro activo patrimonial. Pero por su carácter vitalicio (art. 1802 CC) puede resultar gravosa esta figura para quien se compromete a pagar una renta periódica hasta la muerte del beneficiario, aun cuando el obligado a pagar la renta recibe como garantía el dominio del bien cedido por aquél (art. 1802 CC).

Próximo a la renta vitalicia está el censo reservativo, en virtud del cual el censalista cede el pleno dominio de un inmueble a cambio de percibir una pensión periódica por el censatario si así se pacta (arts. 1607 y 1663 CC; éste remite al art. 1657 CC⁷).

Otra figura, igualmente cercana a la renta vitalicia, es el contrato de alimentos (arts. 1791-1797 CC), que puede ser vitalicio, pero de contornos más amplios, al comprender, cuando así se pacta, toda clase de alimentos (art. 1791 CC), siendo un contrato de carácter personalísimo.

Finalmente, cabe señalar otros instrumentos jurídicos privados para asistir económicamente a ciertas personas sin que por ello se tenga que entregar a cam-

bio la posesión o el dominio de un bien, como el seguro de vida (art. 83 LCS), cualquier plan de pensiones, incluidos los que ofrecen las mutualidades de profesionales, o el seguro de dependencia (cfr. la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

El abanico, como vemos, es amplio. Podríamos también añadir el usufructo vitalicio (sucesivo en el caso de que sean dos los titulares), la donación modal, la donación con reserva de usufructo, la venta en garantía, el usufructo en garantía o de seguridad de una obligación dineraria⁸.

III. LA ANTICRESIS ASISTENCIAL COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

La Ley 31/2022 atribuye a la anticresis asistencial el carácter de garantía real, según como viene concebida mayoritariamente en el Derecho común, si bien hay un debate que sigue abierto hasta hoy sobre si realmente es un derecho de garantía oponible frente a terceros⁹. Quien recibe un crédito de conformidad con la LCCI debe entregar en garantía anticrética una vivienda al prestamista. Al decir la nueva disposición adicional «vivienda garante», está manifestando claramente que se da en garantía «real» un bien inmueble, si bien lo que se cede es solo la posesión, que es el efecto jurídico más inmediato cuando se constituye una anticresis, junto con la concesión y entrega de un crédito en los términos establecidos en la escritura de constitución. Es opinión generalizada que la anticresis se ejerce normalmente por la posesión del inmueble gravado por parte del deudor anticresista. La posesión directa e inmediata del inmueble es una de las facultades más características de la anticresis a favor del acreedor anticrético¹⁰. El titular anticrético no tiene otro poder que la obtención de los frutos naturales, industriales o civiles que produzca el inmueble cedido en garantía y, en su caso, el derecho de retenerlo en el caso de que el deudor anticrético tenga deudas pendientes, o de instar la venta judicial. Pero, a diferencia del acreedor hipotecario, el acreedor anticrético no tiene propiamente un derecho de realización del valor. Ello convierte a la anticresis en una garantía real débil, menos aconsejable que la hipoteca.

Al igual que la hipoteca, la anticresis es un derecho real accesorio, pero, entendemos —como la hipoteca— que no estamos ante un contrato único —crédito y garantía real— (cfr. STS 11 de septiembre de 2019, RJ 3343), sino ante un contrato principal —el préstamo— y otro accesorio —la constitución del derecho real de anticresis (así, STS 5 de abril de 2017, RJ 2669, sobre el préstamo hipotecario).

La anticresis es, como cualquier derecho real, un derecho oponible frente a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad si se constituye en escritura

pública. La exigencia de la escritura pública para la constitución de una anticresis en garantía de un crédito a favor de una persona en situación de dependencia no es más que un requisito previo para la inscripción registral, que es contemplada expresamente en el artículo 261-1 RH. A diferencia de la hipoteca, la anticresis, a la que se refiere ahora expresamente la LCCI, nace con el otorgamiento de la escritura pública. Es importante que la anticresis se inscriba en el Registro de la Propiedad para que sea oponible frente a terceros, especialmente relevante sobre todo para el supuesto de que el deudor anticrético disponga en un momento de la vivienda arrendada, y también para que el acreedor anticrético puede hacer valer sus derechos frente a terceros.

El derecho real de anticresis puede ser constituido por un tercero, entregando la posesión del inmueble a una persona distinta del deudor anticrético, el anticresista no deudor, ajeno al contrato de crédito que se garantiza¹¹.

La garantía de cualquier anticresis reside en el derecho de retención que tiene el titular anticrético en caso de impago total o parcial del crédito recibido y/o de los intereses por el deudor anticrético. El derecho de retención no deja de ser una figura jurídica controvertida, pero admitida en el ordenamiento jurídico español. En realidad, lo que sucede es que si se extingue la anticresis —p. e., por vencimiento anticipado del acreedor anticrético—, el deudor anticrético no puede pedir a aquél la restitución de la finca —la vivienda— hasta el total pago de las deudas pendientes¹², a no ser que el acreedor anticrético renuncie al derecho de retención. El deudor, como dice el artículo 1883-1 CC, “no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor”.

La debilidad garantista de la anticresis reside en que el acreedor anticrético no tiene, como el acreedor hipotecario, el derecho de realización del valor del bien dado en garantía, como tampoco lo tiene quien a cuyo favor se constituye una anticresis asistencial sobre una vivienda. La «repersecutoriedad» es una nota esencial de todo derecho real, de la que carece la anticresis. Por ello, no tiene ninguna razón de ser en el Derecho común una cláusula en un contrato de crédito anticrético por la cual el acreedor anticrético renuncia a la realización del valor del inmueble¹³ cuya posesión ostenta en garantía del crédito entregado.

Por otra parte, para compensar la prohibición del pacto comisorio, el artículo 1884-2 CC, permite, según la frase segunda, que el acreedor “podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”. El acreedor puede, pues, en caso de impago, elegir entre reclamar la cantidad debida o instar la venta judicial del inmueble por la vía de apremio. Este derecho no se puede equiparar al *ius distrahendi* que tiene el acreedor hipotecario. El derecho a instar la venta judicial es renunciabile en la anticresis

mediante la oportuna cláusula¹⁴, pero el *ius distrahendi* no es renunciable en la hipoteca porque desnaturalizaría este derecho real de garantía.

Sería perfectamente factible la inserción de un pacto marciano al que la reciente jurisprudencia registral no se opone si cumple determinados requisitos (concretamente en contratos de opción en garantía —entre las más significativas cabe citar las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021, BOE 28 de abril de 2021; 13 de noviembre de 2021, BOE 20 de diciembre de 2021; 13 y 18 de julio de 2022, BOE 2 de agosto de 2022 y 4 de agosto de 2022—).

IV. EL MARCO LEGAL DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE

El marco legal principal de la anticresis constituida en beneficio de una persona declarada dependiente es la LCCI, siempre que el prestamista y el prestatario se quieren acoger a las ventajas que dispensa la DA 13.^a La ubicación de esta anticresis en la LCCI significa que también son de aplicación, cuando proceda, las demás normas reguladoras de los créditos inmobiliarios¹⁵.

Esta decisión del legislador es, en mi opinión, criticable por diversas razones¹⁶. La razón principal es que la LCCI regula, entre otros, aquellos contratos de créditos inmobiliarios para los cuales en su garantía se constituye una hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial (cfr. art. 2.1, letra a). Entre estos «otros derechos reales» se puede mencionar la anticresis. La *ratio legis* de la LCCI, como también la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, es la protección de los compradores (consumidores) cuando para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial necesitan un crédito, siendo la mayoría de las veces necesario constituir una garantía real. Es evidente que la anticresis a la que se refiere específicamente la LCCI después de la modificación de 2022 tiene una función específica y ha de constituirse sobre una vivienda del deudor anticrético. El artículo 2.1, letra a) LCCI tiene un ámbito objetivo de aplicación muy amplio y las garantías reales para garantizar los créditos pueden constituirse sobre cualquier clase de inmueble.

La segunda razón es que resulta un tanto contradictorio que la hipoteca inversa, tan cercana a esta anticresis asistencial, quedó fuera de la LCCI por decisión expresa del legislador. Y, sin embargo, ahora se incluye en la LCCI esta figura anticrética de carácter asistencial. Había varios argumentos para no incluir la hipoteca inversa en la LCCI en los términos previstos en el artículo 2.4, letra f). La principal es la finalidad de esta hipoteca ya que no tiene por función facilitar la adquisición de un bien inmueble. Era, eso sí, una de las opciones que per-

mitía la Directiva 2014/17/UE (cfr. art. 3.3, letra a). Las razones de su exclusión opcional vienen expuestas en el considerando 16: “La presente Directiva no es aplicable a determinados contratos de crédito en que el prestamista desembolsa un importe a tanto alzado, efectúa pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta de un bien inmueble y cuyo objetivo principal consiste en facilitar el consumo, tales como los productos de pensión hipotecaria u otros productos especializados equivalentes. Se trata de contratos de crédito con características específicas que rebasan el ámbito de la presente Directiva. Resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa. Las operaciones de ese tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente. Por lo demás, otros productos, tales como la vivienda-pensión, que funcionan de manera análoga a las hipotecas inversas o hipotecas vitalicias, no comportan la concesión de crédito, por lo que siguen fuera del ámbito regulado por la presente Directiva”. Cabría preguntarse si acaso el legislador ha ido más allá de la Directiva 2014/17/UE al incorporar ahora específicamente, *post legem*, esta particular anticresis en la LCCI.

La tercera razón es que, dada la proximidad de esta anticresis con la hipoteca inversa, lo razonable es que si se quería resolver ciertos problemas que está suscitando esta figura en la práctica fuese incorporada en la Ley 41/2007 mediante una disposición adicional. A mi modo de ver, hubiera sido más congruente y más sistemático.

Una razón más es que, como en la hipoteca inversa, no resulta necesario evaluar al prestatario y deudor anticrético.

Ya antes de la última modificación de la LCCI se había planteado en algunos círculos la aplicación de esta Ley a las anticresis asistenciales, que, al parecer, estaban ocupando el interés de ciertas entidades crediticias, pero también de la doctrina. Algunas propuestas de proyecto de constitución de una anticresis con fines asistenciales citan la LCCI como marco legal de su regulación¹⁷.

Ciertamente, entre los otros derechos reales de garantía constituidos sobre inmuebles de uso residencial que no sea la hipoteca (cfr. art. 2.1, letra a) LCCI) puede incluirse la anticresis¹⁸. La Directiva 2014/17/UE se refiere también, sin decir más, a otras garantías comparables a la hipoteca (art. 3.1, letra a). En el Derecho comparado europeo hay garantías reales sobre inmuebles muy diversas que no podían quedar fuera de la Directiva. Los sistemas germánicos son un ejemplo de la variedad de garantías reales que permiten asegurar créditos además de la hipoteca. Ahora bien, cabe dudar del acierto del legislador español de incluir en la LCCI solo un tipo de anticresis asistencial, dejando fuera otras a las que se podría aplicar por analogía *legis* tanto la LCCI como la Ley 41/2007.

El marco legal de la anticresis constituida en beneficio de una persona declarada dependiente se complementa con otras leyes básicas, a saber, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1881 a 1886 CC. Por norma general, los contratos de crédito garantizados mediante una anticresis de tipo asistencial son redactados, predispuestos e impuestos por entidades crediticias, por lo que es también de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Además de la regulación estatal de la anticresis, son dos los Derechos autonómicos civiles que contienen normas dedicadas a esta garantía. La regulación más completa es en el Código civil catalán, el cual incluye entre las garantías reales la anticresis (art. 569-1, letra c)¹⁹, con una definición muy completa, que es la siguiente, según el artículo 569-23: “El derecho de anticresis, que puede constituirse sobre un inmueble fructífero en garantía del pago de cualquier obligación, faculta a los acreedores para poseerlo, por sí mismos o por una tercera persona si se ha pactado, y a percibir sus frutos para aplicarlos al pago de los intereses y a la amortización del capital de la obligación garantizada y, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a solicitar la realización del valor”. Una singularidad del Derecho catalán es que la anticresis “debe constituirse necesariamente en escritura pública y solo puede oponerse a terceras personas a partir del momento en que se inscribe en el Registro de la Propiedad” (art. 569-24.2). Atendiendo a la actual regulación normativa de la anticresis, el Derecho civil catalán no solo ha modernizado este derecho real de garantía, sino también resulta más atractivo para los acreedores. Lo que puede explicar el incipiente interés por este instrumento jurídico de conversión de activos patrimoniales por parte de entidades crediticias y otros operadores del mercado financiero afincados en Cataluña.

Sorprende, por ello, que la Asociación de Profesores de Derecho civil en su Propuesta de Código civil (2018) no haya querido modernizar el derecho real de anticresis. En la Exposición de Motivos de esta Propuesta no se da ninguna razón de la supresión de la anticresis.

El Fuero Nuevo de Navarra menciona la anticresis en la Ley 463 y el pacto anticrético en la Ley 471.

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE SEGÚN LA LCCI

1. EL DEUDOR ANTICRÉTICO

Aquellas personas que se encuentren en una situación de dependencia según la Ley 39/2006 pueden ser declaradas por la Administración «personas dependientes».

Se entiende por dependencia, según el artículo 2.2 de esta Ley, “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Cuando se dan estas situaciones, la persona puede acogerse a esta normativa para ser declarada dependiente (sobre el procedimiento, arts. 28 y ss.) para poder obtener así los beneficios que concede la Ley (arts. 13 y ss.), según los diversos grados de dependencia (cfr. art. 26). La declaración de dependencia de una persona se desvincula del eventual régimen de discapacidad en la que puede encontrarse, si bien, de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio, esa persona tiene la misma capacidad jurídica que la persona sin discapacidad.

Mientras no sea reconocida la dependencia por la Administración, no puede concederse un préstamo con garantía anticrética que tenga por función ayudar económicamente a la persona en situación de dependencia si uno se quiere acoger a los beneficios de la DA 13.^a LCCI. Conocida la lentitud en la concesión de declaraciones de dependencia por parte de la Administración, es un factor que desincentiva en el mercado de crédito la anticresis como garantía para financiar determinados recursos económicos a favor de esas personas. Ello sin perjuicio de que se prepare algún borrador o proyecto de futura constitución de una anticresis de tipo asistencial. Incluso una promesa o un precontrato de préstamo anticrético.

Para la concesión de un crédito garantizado con una anticresis resulta indiferente el grado de dependencia en que se encuentre la persona, como también la modificación del grado de dependencia durante la vigencia del préstamo anticrético. Es una de las diferencias con la hipoteca inversa en la que para su constitución el deudor hipotecario ha de tener un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento (DA 1.^a, ap. 1, letra a, de la Ley 41/2007). No basta, por tanto, con que sea declarado dependiente.

Quien solicita el crédito anticrético es la persona declarada dependiente, con o sin apoyo según la discapacidad que tenga, o su representante (el curador en caso de que la persona dependiente tenga una gran discapacidad). En la praxis contractual se denomina al prestatario persona «acreditada».

Precisamente por ser una persona declarada dependiente, la cual necesita medios económicos para entrar en una residencia de mayores o poder ser asistida en su domicilio, no parece razonable que sea evaluada su solvencia económica, como obliga el artículo 11.1 de la LCCI (según el considerando 16 de la Directiva 2014/17/UE, «resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa») ²⁰. En todo caso, según este precepto, se pueden valorar los ingresos

presentes, los que sean previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la declaración de dependencia y la jubilación. Pero si el prestamista considera que con el alquiler de la vivienda entregada en garantía puede ser suficiente, podría renunciar a la evaluación de la solvencia económica del prestatario.

La declaración de dependencia no está vinculada a ninguna edad (art. 5.1 de la Ley 39/2006). Pero por norma general, en la praxis, el crédito anticrético se concederá a personas de la tercera edad. Solo así se evitará, por un lado, que el deudor reciba cantidades irrisorias; por otro, se evita también el riesgo de que la cantidad final debida supere la cifra máxima de responsabilidad anticrética, lo que perjudicaría a la entidad acreedora²¹, y al propio deudor. Para que no resulte antieconómico para ninguna de las partes, es aconsejable establecer un plazo de duración del crédito anticrético no demasiado largo, en todo caso susceptible de ser prorrogado, ampliando el capital.

Las personas declaradas dependientes padecen con frecuencia de enfermedades más o menos graves. Cualquier cláusula que restrinja sus derechos concedidos por un contrato de crédito anticrético con fines asistenciales por causas relacionadas con la salud debe considerarse nula a tenor de lo dispuesto por la DA Única del TRLGDCU, incorporada por la Ley 4/2018, de 11 de junio²².

Puede darse el caso de que dos personas hayan sido declaradas dependientes (p. e., un matrimonio, una pareja de hecho u otras situaciones de vínculo personal) y soliciten conjuntamente un crédito anticrético asistencial. Aunque se pida conjuntamente el préstamo, siendo requisito previo la declaración de dependencia de cada uno de los solicitantes, el régimen del crédito ha de regirse por las reglas de la mancomunidad simple o parciaria (art. 1138 CC). Por lo que respecta a los actos jurídicos en relación con la vivienda, se debe estar a su régimen jurídico (privativo, ganancial, común).

El deudor que obtiene el crédito anticrético ha de ser tratado en las relaciones con el prestamista como un prestatario-consumidor en los términos de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, a la que remite la Directiva 2014/17/UE [cfr. art. 4-1) de esta Directiva].

La remoción de la declaración de dependencia no debería ser causa inmediata para la extinción y, en su caso, cancelación del derecho anticrético si las necesidades de apoyo económico son las mismas que cuando se concertó el crédito.

2. EL ACREEDOR ANTICRÉTICO

La sujeción del crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente a la LCCI exige a quien concede este crédito inmobiliario sea

una persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letra a) y b) [art. 4-1)]. Por una parte, están las entidades de crédito; por otra, las entidades no crediticias (prestamistas privados) y los prestamistas profesionales. En la praxis contractual se denomina al prestamista «acreditante». Deberían quedar fuera los prestamistas con finalidad exclusivamente inversora, ya que el crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente no responde a esa finalidad. Existen algunas diferencias con quienes pueden conceder un crédito garantizado con una hipoteca inversa, que solo puede ser concedido por entidades de crédito, por establecimientos financieros de crédito y por entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial (DA 1.^a, ap. 2, de la Ley 41/2007).

Se debe tomar especial cautela cuando quien concede el crédito anticrético asistencial es un prestamista profesional, ya que son más proclives a aprovecharse de las necesidades económicas de sus potenciales clientes, imponiéndoles generalmente condiciones gravosas, como sucede en otros préstamos profesionales²³.

3. EL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

La LCCI define el contrato de préstamo por el cual “un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar” [art. 4-3)]. Por otra parte, la LCCI precisa en el artículo 2.3 que las referencias que se realizan a los préstamos se entenderán indistintamente a préstamos y créditos. El contrato más común de los créditos inmobiliarios es el préstamo. Son contratos de financiación a los que se refiere la LCCI. El contrato de crédito anticrético, de cualquier tipo, es un contrato de financiación, siendo un tanto singular cuando tiene fines asistenciales. Como cualquier contrato de financiación, se caracteriza por la concesión de una suma de dinero que se debe devolver en un plazo a cambio de un interés remuneratorio. Por norma general, también estos contratos de financiación son contratos de adhesión, sujetos, por tanto, a la LCGC y al TRLGDCU.

Debe precisarse que el contrato de crédito anticrético al que nos referimos no es un mero o puro contrato de crédito anticrético con una función exclusivamente liquidatoria, y menos aún un pacto anticrético²⁴

El contrato de crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente ha de responder a una causa específica, cual es la financiación de

la estancia de esa persona en una residencia de cuidados (residencia de mayores) o de la asistencia necesaria (de todo tipo) en su domicilio. Es una causa subjetiva que concurre con la causa onerosa del contrato de crédito y la causa de garantía de la anticresis. Son causas entrelazadas, que, aunque no pueden fragmentarse, cuando el crédito anticrético es objeto de inscripción, el registrador deberá calificar la causa de la anticresis, sin perjuicio de extender su calificación al contrato de crédito en aras del cumplimiento de las normas imperativas que rigen (LCGC, TRLGDCU y LCCI). No estamos ante un solo contrato con dos facetas —préstamo y garantía— como en alguna sentencia se ha afirmado (cfr. STS 11 de septiembre de 2019).

Este contrato de crédito anticrético ha de otorgarse en escritura pública, según la LCCI. Esta exigencia formal no constituye en absoluto un requisito *ad substantiam*, en todo caso es un requisito obligatorio, pero solo a los efectos de la aplicación de la DA 13.^a LCCI. Se puede constituir perfectamente una anticresis asistencial con los mismos fines en documento privado (podrían estar interesado en ello los prestamistas profesionales). A diferencia de la hipoteca, y también de la hipoteca inversa, la anticresis se rige por la libertad de forma. Solo que en este supuesto legal se exige la escritura pública para poder acogerse a los beneficios previstos.

La transparencia material, uno de los aspectos centrales de la LCCI, sobre todo de los préstamos hipotecarios, debe cuidarse y controlarse igualmente cuando se concierta un crédito anticrético, con algunas particularidades que se deben tener en cuenta en el momento del otorgamiento del acta notarial de «transparencia material».

Pero antes de la celebración del contrato de crédito anticrético, ¿ha de cumplir el prestamista del crédito anticrético con las obligaciones de información que impone el artículo 10 LCCI?²⁵ Además de la información en la publicidad y la información general (arts. 6 y 9 LCCI), el prestamista debe proporcionar al prestatario antes de celebrar el contrato de crédito una información personalizada, no tanto para comparar otros créditos anticréticos —ya que apenas se ofertan en el mercado de créditos— como para analizar la conveniencia de celebrar o no este contrato, una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades de financiación (ingreso en una residencia o asistencia domiciliaria), que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo (art. 10.1 LCCI). La información personalizada se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (art. 10.2 LCCI; cfr. art. 14.1, letras a y c de la misma Ley). El prestamista ha de cumplimentar el modelo de la denominada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), según el Anexo I de la LCCI. Esta ficha equivale a una oferta vinculante, que deberá mantenerse durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días (art. 14.1, letra a, LCCI).

Al mismo tiempo, se debe proporcionar al prestatario una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se le informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes del contrato de crédito anticrético (art. 14.1, letra b, LCCI). A su vez, se debe estar, por lo que respecta a la información precontractual que se debe prestar, a los artículos 20, 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Por último, sería deseable un asesoramiento independiente, previsto en el artículo 19 LCCI, para mayores garantías del deudor anticrético. En la hipoteca inversa es un deber legal de las entidades de crédito²⁶.

Una vez que se presente al notario el contrato de crédito anticrético, se deberán cumplimentar los requisitos de comprobación de la transparencia material según el artículo 15 LCCI. Una vez elegido el notario por el prestatario y asignada la operación crediticia, procede por el notario descargar la documentación enviada a través de la plataforma²⁷, la cual, como mínimo, debe responder a la que se determina en el citado artículo 15 (entre la documentación más relevante está la FEIN, la FiAE, una copia del proyecto de contrato, la manifestación firmada del prestatario por la que se declara que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido).

En esta fase de la contratación hay un momento importante. El notario debe informar y asesorar al prestatario sobre cada uno de los documentos que se han presentado y referidos al producto de financiación ofertado, asegurándose de que el prestatario los conozca y los comprenda, así como también el clausulado del contrato de crédito anticrético (tanto del crédito como del derecho real de garantía). Tratándose el prestatario de una persona declarada dependiente, el notario deber ser especialmente diligente en su labor informadora y asesora, al ser, por su edad más o menos avanzada, consumidor vulnerable (cfr. art. 3.2 TRLGDCU; también arts. 17.3, 20.2 y 60.1-2 de la misma Ley). Es importante que se informe y se asesore debidamente sobre la finalidad de la anticresis, el capital que se entregue, las rentas que se obtengan y su imputación a los intereses y al capital entregado, la duración del contrato crediticio, las disposiciones relacionadas con el futuro arrendamiento de la vivienda, el régimen de gestión y administración de la vivienda dada en garantía tanto cuando es arrendada como cuando no lo es, la extinción del contrato, el derecho de retención y la venta judicial en su caso para imputar el precio de la venta a los intereses y al capital no satisfechos por el deudor anticrético.

El test que se realice al deudor anticrético ha de hacerse conforme a las características de esta singular anticresis (*vid.* art. 15.2 LCCI).

De acuerdo con el artículo 15.2 y 3 LCCI, procede después extender el acta de «transparencia material», cuyo cumplimiento es necesariamente previo a la autorización de la escritura del contrato de crédito anticrético (*vid.* art. 22.2 LCCI).

Por lo que respecta a los gastos que toda escritura pública lleva consigo, el régimen de la escritura del crédito anticrético a favor de una persona declarada

independiente es el mismo de la hipoteca inversa por mor de la DA 13.^a LCCI, la cual remite a la DA 1.^a de la Ley 41/2007. Esta dispone en tres apartados: “Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación” (ap. 7). “Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios” (ap. 8). “Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento” (ap. 9).

Estas especificaciones no rigen para los demás créditos anticréticos, incluso los de tipo asistencial, que, cuando se rigen por la LCCI, en concreto: El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (art. 14, letra e, ii). Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista (art. 14, letra e, iii). Y el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable (art. 14, letra e, iv).

El contrato de crédito anticrético podría ser objeto de cualquier modificación posterior. Pensemos que el deudor anticrético quiere volver a su casa para recibir asistencia domiciliaria, o, a la inversa, después de tener asistencia domiciliaria quiere ingresar en una residencia de mayores. Ello puede incidir, en su caso, en el crédito concedido inicialmente.

Señalar, finalmente, que el prestatario-persona declarada dependiente puede desistir del contrato de préstamo anticrético durante un periodo de catorce días naturales si así se prevé en la FEIN²⁸.

4. LA CONCESIÓN DEL CRÉDITO

Por norma general, en el contrato de crédito anticrético se concede una suma máxima durante un tiempo. Para que el deudor anticrético pueda disponer inmediatamente mediante transferencia, se le concede una disposición inicial por una determinada cantidad, fraccionada normalmente por meses, destinada a la

cobertura de las necesidades asistenciales iniciales del beneficiario. Concluido este primer período, del restante crédito se dispondrá por norma general mensualmente, ya que los pagos a las residencias de mayores y a la asistencia domiciliaria son mensuales, hasta el límite máximo del saldo disponible. En el caso de que el prestatario fallezca antes del plazo de vigencia del contrato de crédito anticrético, éste se extingue en ese momento, con la consiguiente liquidación.

Por norma general, la entrega del crédito se produce mediante pagos periódicos durante un plazo determinado, pactándose la devolución del importe, más los intereses y comisiones, de una sola vez, una vez transcurrido el plazo del vencimiento pactado y, previsiblemente, una vez fallecido el acreditado²⁹.

La comisión de apertura, por sí misma puede ser abusiva ya que no forma parte del núcleo esencial de cualquier contrato de crédito, concretamente del precio (así la STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C565/2³⁰1; en contra, la STS 23 enero 2019, que entiende que solo está sujeta al control de transparencia formal y material³¹). La LCCI ha establecido un régimen imperativo para la cláusula de comisión de apertura. En el artículo 14.4, frase primera, determina: Si se se pactase, “la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.

Por norma general, se introduce una cláusula de ampliación de capital por otro período máximo, que puede ser en las mismas condiciones que el contrato de crédito anticrético inicial.

Al ser el contrato de crédito anticrético un contrato de financiación, se fija el correspondiente tipo de interés remuneratorio, ya establecido en la FEIN y en la FIAE, que puede ser fijo, variable o una combinación de ambos. En cuanto a la TAE, su cálculo se hará conforme a la parte I del Anexo II de la LCCI. Si se trata de un interés variable, se debe fijar un índice objetivo, de acuerdo con el artículo 85.3 TRLGDCU. Siendo un contrato sujeto a la LCCI, se debe estar en cuanto a la transparencia y regulación del interés remuneratorio a lo dispuesto en los artículos 6.1, 6.1, letras e y g, 14.1, letras b, c y e, 14.2, 14.5, 21, así como en el artículo 7.3 de la Orden EHA/2899/2011.

A su vez, se fijará el interés de demora por retraso en el pago de los intereses remuneratorios y del capital. Surge la duda si es de aplicación el artículo 22 LCCI ya que el régimen de demora que establece es solo cuando el préstamo es hipotecario. La mención exclusiva del préstamo hipotecario en el citado precepto, que se debe principalmente a excluir de esta norma a los préstamos sin garantía real, hace pensar que queda fuera de su ámbito el derecho real de anticresis. Por consiguiente, los límites del interés de demora devendrán de la protección que dispensa el TRLGDCU a las cláusulas de interés que sean abusivas por mor de su artículo 85.6.

Por el singular funcionamiento de este contrato de crédito anticrético, en interés del beneficiario, puede resultar oportuna la apertura de una cuenta en la que, por una parte, se adeudan las disposiciones de crédito en cada período, y, por otra, se abonan en ella, previa deducción de cargas, contribuciones, intereses y capital, las rentas netas obtenidas en su caso con el alquiler de la vivienda dada en garantía —rentas netas positivas—, lo que permite dar a conocer en cada momento el débito y el crédito del beneficiario, así como facilitará en su momento la liquidación final del préstamo.

Excepcionalmente, el crédito anticrético que se concede puede cubrir los costes de las obras de adecuación de la vivienda; puede resultar incluso óptimo para el futuro alquiler de la vivienda.

En aras del principio de determinación, al ser garantizado el crédito mediante anticresis, se debe especificar si la garantía se extiende únicamente a las obligaciones de pago de las disposiciones anuales más los intereses y comisiones aplicados, o si, por el contrario, asegura también los importes que tenga que abonar el deudor por razón de los costes de obras, seguros o administración. Debe, igualmente, precisarse si los intereses correspondientes al “capital debido” deben considerarse devengados solo por los importes dispuestos del crédito o también por las deudas generadas por razón de los costes de obra, seguro y administración abonados por el prestamista³².

5. LA VIVIENDA CUYA POSESIÓN SE ENTREGA EN GARANTÍA

La LCCI ha prescindido de cualquier definición de los inmuebles que son destinatarios de su regulación, y menos aún va a definir la vivienda cuya posesión se entrega en garantía de un crédito anticrético. La LCCI no exige que el deudor anticrético tenga un título dominical de la vivienda —también podría ser titular de un derecho de usufructo—, pero se presupone que el prestamista solo concederá un crédito anticrético en el caso de que aquél sea propietario. La vivienda debe estar libre de arrendatarios y de ocupantes. Únicamente así tiene garantizado el acreedor anticrético un amplio poder de gestión para el alquiler de la vivienda y el derecho de pedir la venta judicial de resultar impagado total o parcialmente el crédito concedido y/o los intereses. La vivienda puede ser entregada en garantía por un tercero, que, cuando se concede el préstamo, tiene la condición de anticresista no deudor.

A diferencia de la hipoteca inversa, en la que la vivienda hipotecada puede ser también una vivienda habitual del deudor hipotecario (DA 1.ª, aps. 1 y 10, de la Ley 41/2007)³³, según se deriva de la LCCI, puede ser cualquier vivienda que no sea la habitual del deudor anticrético. No es que excluya expresamente la

vivienda habitual, pero es razonable que la vivienda que se dé en garantía no sea la habitual porque en cualquier momento puede querer el prestatario volver a ella si no quiere permanecer en la residencia después de la concesión del crédito. Al referirse la LCCI sin más a la vivienda, puede ser cualquier espacio habitable por una o varias personas (vivienda o casa rural, vivienda ocupada en parte en suelo de situación rústica y urbana, una casa prefabricada). De acuerdo con el artículo 2.1 de la LAU, “se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”. La vivienda que se dé en arrendamiento puede ser con o sin muebles, y junto a la vivienda se puede alquilar, en su caso, un trastero, un garaje o cualquier otro espacio accesorio a la vivienda³⁴. La garantía anticrética no se extiende, sin embargo, a los bienes muebles que hubiera en la vivienda arrendada. Quizá, por ello, se prefiere dar en garantía una vivienda sin muebles. Al propio acreedor anticrético no le interesa para no tener más responsabilidades de gestión que las que le corresponden cuando adquiere la posesión de la vivienda y después cuando es arrendada. Puede ser también una vivienda futura —que se adquiere próximamente o que se va a construir o está en fase de construcción—, quedando pendiente la concesión del crédito a la entrega efectiva de la vivienda. El contrato de un crédito anticrético puede estar sometido a una condición.

Alguna duda puede plantear cuando la vivienda es la segunda residencia del deudor anticrético. Mientras no sea la vivienda residencial principal, se debe entender que estaría comprendida en la DA 13.^a LCCI. Por lo que respecta a las viviendas protegidas, habrá que estar a su régimen jurídico específico, si bien, por su finalidad, no deberían servir de garantía de un crédito anticrético, teniendo en cuenta, además, que la vivienda en propiedad seguramente tiene el carácter de habitual.

No parece que la LCCI en su DA 13.^a niegue que el derecho real de anticresis se pueda constituir sobre más de una vivienda para poder acogerse a los beneficios fiscales y de determinados gastos notariales y registrales³⁵.

Además de cualquier acreditación por parte del deudor anticrético para demostrar que la vivienda que se entrega no es habitual, está la propia manifestación del prestatario —que es determinante, salvo que haya datos que demuestran lo contrario—, además de los datos registrales y su referencia catastral. En la escritura de un crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente deberá, en su caso, constar que la vivienda que se entrega no es habitual, o manifestar que es una vivienda habitable, pero para evitar cualquier duda o confusión sería aconsejable que conste que la vivienda no es habitual (cfr. el art. 21.3 LH).

A diferencia de la hipoteca inversa constituida sobre una vivienda habitual y de la hipoteca para la garantía de préstamos inmobiliarios sujetas a la DA 1.^a de

la Ley 41/2007³⁶ y de la LCCI³⁷ no considero que sea preceptiva la tasación de la vivienda, como tampoco es un requisito para las demás hipotecas sujetas a la LH³⁸ ³⁹. La principal razón es que la vivienda no constituye la garantía esencial del crédito anticrético. El valor del inmueble no es un elemento delimitador de la cuantía máxima para conceder el crédito con fines asistenciales. Con la vivienda el deudor anticrético no pretende licuar su patrimonio inmobiliario, como sucede, sin embargo, en la hipoteca inversa constituida sobre una vivienda habitual⁴⁰. No hay, como en las hipotecas sujetas a la LH, una deuda decreciente o creciente que exige mayores garantías que la anticresis asistencial en la que la deuda es lineal. De ahí, que en las hipotecas reguladas principalmente por la LH se fije un porcentaje máximo en relación con el valor del inmueble. Comúnmente el importe máximo a financiar por ejemplo para una vivienda habitual es del 80%, y del 60% en caso de que se trate de una segunda vivienda. Por otra parte, la anticresis no permite propiamente la realización del valor del inmueble garante, aunque sería aconsejable en todo caso, sobre todo con vista a la eventual venta judicial de la vivienda por impago total o parcial de los intereses y/o del capital recibido.

En el Derecho civil catalán se permite realizar el valor del inmueble gravado por un derecho de anticresis, además mediante la venta directa, por subasta pública notarial (cfr. arts. 560-26 y 569-7 del Código civil de Cataluña). En este caso, sí sería oportuno que previamente se hubiera tasado la vivienda dada en garantía.

Tampoco es preceptivo, como en la hipoteca inversa⁴¹, que el deudor anticrético concierte un seguro contra daños, si bien puede ser muy aconsejable en propio interés suyo. El seguro debería estar vigente durante toda la duración del crédito. El acreedor anticrético podría exigir que el seguro cubriese el valor del crédito máximo.

6. EL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA POR EL ACREEDOR ANTICRÉTICO

La vivienda cuya posesión se entrega en garantía de un crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente debe ser arrendada. Según la DA 13.^a LCCI, el acreedor anticrético asume el compromiso de destinar la vivienda gravada con anticresis al mercado de alquiler. No es necesario que el arrendamiento se destine a vivienda habitual, si bien puede interesar al acreedor anticrético que tenga ese destino para asegurarse que el arrendamiento perdure en el tiempo en que se concede el crédito anticrético, sin perjuicio del plazo mínimo y de las prórrogas a que ésta sometido en virtud de los artículos 9 y 10 LAU.

El acreedor anticrético está facultado, como el propietario, el nudo propietario, el usufructuario o el superficiario, para arrendar el inmueble entregado por el deudor anticrético. Debemos tener presente que la anticresis es un derecho real que se ejerce normalmente por la posesión del inmueble gravado por parte del anticresista, titular del derecho⁴². Ello implica al menos el uso y goce del inmueble entregado. El artículo 13.2 LAU se refiere a los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble. Una de las posibilidades que tiene el acreedor anticrético es su explotación directa o indirecta, pero también puede darlo en arrendamiento a un tercero a cambio de una renta⁴³, prevista ahora expresamente en la DA 13.^a LCCI. El arrendamiento que suscriba el acreedor anticrético con un tercero es un arrendamiento sobre cosa ajena. Esta posibilidad no está exenta de problemas⁴⁴, en particular en cuanto a la duración del derecho real de anticresis y su incidencia en el arrendamiento de vivienda que se rige por la LAU. Sería aconsejable que la duración del crédito anticrético fuese aproximadamente la misma que el arrendamiento de vivienda, de acuerdo con los plazos, incluso superior con vista a las prórrogas que pudieran darse.

Por norma general, el contrato de arrendamiento de vivienda que se suscriba será el que está regulado en la LAU, aunque cabría otro tipo de arrendamiento (p. e., arrendamientos con fines de explotación turística, o arrendamientos de temporada; cfr. art. 5 LAU, en particular la letra e). Se parte de la presunción de que estos arrendamientos son contratos no negociados. El anticresista deberá procurar que las cláusulas sean transparentes y conformes a la buena fe *ex* artículos 80 y ss. TRLGDCU⁴⁵.

En virtud de la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de sus créditos (art. 1881 CC). En el supuesto específicamente previsto en la LCCI, el acreedor, cuando haya tomado posesión de la vivienda, la debe arrendar para que con las rentas que obtenga pueda satisfacer los intereses y amortizar el capital recibido por el deudor anticrético.

En atención a la duración de un crédito anticrético que ha de financiar la estancia de una persona declarada dependiente en una residencia de mayores o la ayuda domiciliaria, es preferible que el arrendamiento de vivienda sea el regulado por la LAU (arts. 6 y ss.), cuya duración mínima es de cinco o siete años según el prestamista sea una persona física o una persona jurídica (la LCCI permite que el prestamista inmobiliario sea también una persona física según el art. 4-2).

Por lo que respecta a la renta, el titular anticrético es libre de fijar la cuantía (art. 17.1 LAU; art. 1555-1.º CC), pero parece razonable, incluso exigible, que en la misma escritura de anticresis se fijen algunos criterios, sobre todo en razón

del cálculo de las posibles rentas que se pueden obtener y su imputación al capital recibido y a los intereses por pagar. Ello interesa particularmente al deudor anticrético. Para su información, se puede indicar el precio estimado para el inmueble en el mercado de alquiler correspondiente al año de la constitución de la anticresis —el mínimo y el máximo—.

Se debe prever en el contrato de crédito anticrético a quién corresponde el pago de los suministros (electricidad, agua y gas) mientras la vivienda no esté alquilada, y a partir del momento de su arrendamiento a un tercero. A falta de pacto, dispone el artículo 1882-1 CC, que el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Cualquier gasto, contribución o carga que corresponda a la vivienda es, en principio, según el artículo 1882-1 y 2 CC, del acreedor. Esta obligación del acreedor no se establece en razón de la propia garantía ni tampoco en razón al *ius fruendi* propio del derecho de goce, sino que encuentra su justificación y razón de ser exclusivamente en el hecho de la posesión⁴⁶. En un contrato de adhesión una cláusula que establece que es cargo del deudor anticrético debería considerarse abusiva de conformidad con el artículo 82.1 TRLGDCU.

En su calidad de arrendador, el prestamista debe quedar autorizado para llevar a cabo el cambio de titularidad de los suministros.

El anticresista no puede asegurar que sea arrendada la vivienda dada en garantía, si bien se podría fijar un plazo mínimo, que de cumplirse sin que se hubiese arrendada la vivienda podría ser causa de extinción al menos de la anticresis, la cual debe preverse en el contrato, y en su sustitución se podría pactar alguna otra garantía personal o real, en el mismo contrato de crédito o después de la extinción de la anticresis.

No parece aconsejable que la vivienda dada en garantía puede ser cedida o subarrendada de acuerdo con el artículo 16 LAU, por lo que parece oportuno que la escritura anticrética contenga una expresa cláusula de prohibición de estos contratos. No le interesa al anticresista, porque dificulta la gestión, así como la rendición de cuentas frente al propietario. Y además, no concuerda con la finalidad de esta anticresis asistencial, cuyo régimen jurídico se focaliza en la vivienda que se da en garantía.

Por último, cabe preguntarse si la extinción la anticresis causa al mismo tiempo la extinción del contrato de arrendamiento en el caso de que éste tuviera una vigencia superior a la anticresis. Es un supuesto que no está previsto en la LAU ni en el Código civil. Acercándonos, no obstante, al artículo 13.2 LAU, podemos comprobar que se refiere exclusivamente a repercusión de la extinción de un derecho real de goce, o incluso de naturaleza personal según la doctrina, en el contrato de arrendamiento de vivienda. Dice el precepto que “los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho

de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador...²⁴⁷. En el Código civil, según el artículo 480, el arrendamiento concertado por el usufructuario con otro se extingue a la vez que se extingue el usufructo. Dado que la anticresis es un derecho real de garantía, ninguno de los dos preceptos citados es de aplicación. A nuestro juicio, el arrendamiento de vivienda subsiste aun después de la extinción de la anticresis, ya que no tiene ninguna correlación directa con la cesión del uso por parte de quien era el anticresista y arrendador al mismo tiempo. Por lo tanto, el que era deudor anticrético se subroga como arrendador en el contrato de arrendamiento que había concertado anteriormente el acreedor anticrético con un tercero.

7. EL RENDIMIENTO NETO DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA

El núcleo central, visto desde el acreedor anticrético, pero también del deudor anticrético, es el rendimiento neto del arrendamiento de la vivienda a un tercero.

Es característico de la anticresis la obtención de frutos del inmueble cuya posesión se entrega al acreedor anticrético, siendo su obligación de aplicar los frutos al pago de los intereses y del capital de su crédito (art. 1882 CC). Si los frutos que se obtienen son superiores a la deuda (intereses y capital del préstamo), después de haberse pagado con los frutos además las contribuciones y cargas correspondientes, la diferencia que hubiera deberá ser entregada al deudor anticrético —rendimiento neto positivo—. Por otra parte, dispone el artículo 1883 CC que el deudor anticrético no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.

Centrémonos, pues, en primer lugar, en el derecho de obtener los frutos que se logren con el arrendamiento de la vivienda. Las rentas que se reciben son frutos civiles (art. 355-3 CC), son rendimientos según la doctrina moderna⁴⁸. El anticresista no puede disponer libremente de las rentas, no es titular de este crédito, sino que tiene la obligación de aplicar los frutos a las contribuciones y cargas *ex* artículo 1882 CC.

Por consiguiente, el prestamista/arrendador debe deducir de las rentas las contribuciones y cargas que pesan sobre la vivienda arrendada (como, p. e., el impuesto de bienes inmuebles, las cuotas de la comunidad), así como los gastos necesarios para su conservación (p. e., la instalación y mantenimiento de un sistema de alarma de seguridad; o un seguro de responsabilidad por daños) y reparación. Se trata de obligaciones legales. Mientras estas deudas no se hayan deducido, las rentas obtenidas son rendimientos brutos. Por norma general, el

acreedor anticrético realiza previamente los pagos correspondientes que pesan sobre la vivienda arrendada⁴⁹.

Entre costes más específicos a deducir, cabe incluir el coste de la administración de la vivienda mientras no esté arrendada, así como los honorarios de gestión del arrendamiento cuando se arrienda, que se incrementará con el IVA. Son gastos de producción que deben ser asumidos por el deudor anticrético⁵⁰.

Una vez realizados los pagos correspondientes, el prestamista puede imputar al rendimiento neto primero los intereses y después el capital prestado. Es decir, ha de existir una deuda preexistente (líquida, exigible y vencida) derivado del préstamo concedido, con sus correspondientes intereses pactados. El verbo «aplicar» que usa el artículo 1881 CC significa concretamente imputar las rentas primero a los intereses y después al capital del crédito⁵¹.

Al deudor anticrético se le debe garantizar, mediante el oportuno pacto, una rendición de cuenta periódica de la gestión realizada por el acreedor anticrético (cfr. art. 569-25.4 Código civil catalán)⁵².

8. CONSERVACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA VIVIENDA DADA EN GARANTÍA

Una singularidad de la anticresis es que el acreedor anticrético no solo tiene el derecho de obtener los frutos que puede producir el inmueble entregado en garantía sino que también tiene la obligación de obtenerlos. Este derecho y esta obligación de la precepción de los frutos no resultan independientes respecto del propio fin que se persigue con la anticresis, la cual no tiene un carácter autónomo, sino que tiene un destino predeterminado, establecido de antemano⁵³.

En la anticresis a favor de una persona declarada dependiente, el acreedor anticrético tiene la obligación —no es un mero compromiso— de arrendar la vivienda para que con las rentas que obtenga se pague, en primer lugar, todas las contribuciones y cargas que el arrendamiento lleva consigo (cfr. art. 1882-3 CC), para después imputar lo que queda —rentas netas— al pago de los intereses y del capital anticrético.

Desde el momento en que el acreedor anticrético entra en posesión de la vivienda, tiene la obligación de conservarla, administrarla y gestionarla, siendo esta obligación de mayor contenido a partir de su arrendamiento. Esta obligación termina con la extinción de la anticresis.

Una entidad crediticia no siempre querrá asumir la conservación, administración y gestión de la vivienda dada en garantía y de su arrendamiento. Puede contratar a una empresa gestora de inmuebles (a veces forma parte del grupo de empresas de la entidad prestamista), en cuyo contrato de gestión se deberán detallar los servicios que se deben prestar y la calidad de los mismos.

Por lo que respecta a los gastos de gestión para el alquiler de la vivienda, de no ser alquilada se podrían reducir en proporción al tiempo que la vivienda queda vacía.

En el contrato del crédito anticrético de cualquier tipo en el que se acuerda el arrendamiento de una vivienda cedida a favor del acreedor se deben establecer, en su caso, a modo de propuesta, las oportunas cláusulas de conservación, administración y gestión del contrato de arrendamiento. Aunque es el acreedor anticrético quien arrienda la vivienda, es, finalmente, en beneficio del deudor anticrético. No es que el acreedor anticrético actúe propiamente como un gestor o mandatario, pero debe actuar siempre en interés de aquel.

Entre estas cláusulas, un capítulo importante adquiere el régimen de las obras de reparación y de adecuación de la vivienda a las necesidades correspondientes. Las obras de reparaciones son a cargo del prestamista (art. 1882-2 CC), mientras las obras de adecuación, en cuanto son mejoras, corresponden al prestatario por su condición de propietario.

9. EL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Un derecho intrínsecamente vinculado a la estructura del derecho real de garantía es el derecho de retención a favor del acreedor anticrético en caso de impago de la deuda garantizada. En virtud del derecho de retención, el acreedor anticrético puede retener —es una facultad que se le concede por ley— la posesión del inmueble (cfr. art. 1886 CC). No es necesario que se inserte una cláusula de retención en el contrato de crédito anticrético, ni tampoco se puede suprimir; en todo caso, cabe renunciar después de su celebración.

A una entidad financiera seguramente no le interesa ejercer este derecho por las implicaciones que supone mantener la posesión de un inmueble cuya propiedad pertenece exclusivamente al deudor anticrético. Se podría pactar, no obstante, que pueda seguir recibiendo frutos para poder compensar las deudas pendientes de pago⁵⁴.

10. LA VENTA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Procede examinar la venta de la vivienda arrendada desde dos perspectivas diferentes, con consecuencias jurídicas distintas.

Por una parte, el deudor anticrético sigue siendo propietario de la vivienda cuya posesión ha sido entregada para que sea arrendada por el acreedor anticrético. Por consiguiente, el prestatario tiene pleno poder de disposición sobre la vivienda. Entre las facultades que ostenta, está la venta a un tercero. Ello no

afecta al derecho real de anticresis por su oponibilidad frente a terceros (al menos si está inscrito en el Registro de la Propiedad). Como por norma general el arrendamiento de la vivienda dado en garantía estará sujeto a la LAU, se debería estar a lo dispuesto en el artículo 14 cuando tiene lugar la enajenación, pero se da la particularidad de que el arrendador es otro —el acreedor anticrético—. La paradoja es que el comprador adquiere una vivienda sin poder subrogarse en el contrato de arrendamiento; es, por tanto, ajeno al contrato de arrendamiento celebrado hasta la extinción del derecho real de anticresis. De modo, que el comprador es un tercero tanto para el arrendador como para el arrendatario hasta que no se produzca la extinción del derecho real de anticresis.

No porque se haya vendido la vivienda arrendada puede pedir el prestamista el vencimiento anticipado, a no ser que se haya pactado expresamente por las partes⁵⁵.

El comprador no solo no se subroga en el contrato de arrendamiento sino también en la anticresis que grava la vivienda, concretamente la posesión de la misma. Teniendo en cuenta que la anticresis tiene por función sufragar el coste de una residencia de mayores o de la asistencia domiciliaria, lo procedente es que antes se dé por vencido el préstamo anticrético, pero para ello hace falta que se haya pactado una cláusula de vencimiento anticipado para el caso de la venta —o cualquier otro acto de disposición— de la vivienda arrendada a un tercero.

Una cláusula que prohibiera al prestatario la venta (o cualquier acto de disposición que no fuese incompatible con el arrendamiento) debería considerarse nula tanto si ha sido negociada como si no, porque supone una limitación al ejercicio de una de las potestades más importantes del propietario —podría considerarse una cláusula abusiva al amparo del artículo 82.1 TRLGDCU⁵⁶—. ⁵⁷

11. LA VENTA JUDICIAL DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Está la otra perspectiva, a saber, la venta judicial de la vivienda arrendada por el prestamista y acreedor anticrético para recuperar el importe que le adeuda el prestatario. Para ello, el prestamista tiene un procedimiento previsto en el artículo 1884 CC. El acreedor anticrético no tiene un verdadero *ius distrahendi*⁵⁸, equiparable al que tiene el acreedor hipotecario y el acreedor pignoraticio. Lo que procede, conforme con el artículo 1884-1, frase segunda, es la venta judicial. Según su dicción literal, no se admite un pacto de venta extrajudicial⁵⁹. La venta judicial constituye el acto procesal de apremio más generalmente admitido para la conversión en dinero de bienes del deudor y su entrega al ejecutante en pago de su crédito⁶⁰. La ejecución forzosa no supone la extinción del arrendamiento de

vivienda sujeto a la LAU cuando se cumplen los presupuestos del artículo 13.1-1 y 13.1-2, frase segunda⁶¹.

La ventaja de que la anticresis, que es objeto de nuestro estudio, se otorgue en escritura pública, es que se puede exigir directamente la ejecución solicitando el embargo de la vivienda dada en garantía por la deuda pendiente, de acuerdo con los artículos 517, 581 y 656 LEC.

En el Código civil catalán se admite, además, por remisión del artículo 569-26, la venta directa (art. 569-5.4, letra d)⁶² y la subasta notarial (art. 569-20.4) del inmueble —la vivienda dada en garantía— a instancia del acreedor anticrético (*vid.* también, por este orden, los arts. 569-2.2, 569-2.1 y 569.8)⁶³. Para optar por estas vías de ejecución es necesario un requisito, a saber, que se haya inscrito el derecho de anticresis en el Registro de la Propiedad (art. 569-8.1). Cabe concluir, conforme al Derecho civil catalán, que el acreedor anticrético tiene a su favor un verdadero derecho de realización del valor. En consecuencia, el derecho real de anticresis como garantía es un poco más atractivo que en el Derecho nacional.

12. LA POSICIÓN DEL ACREEDOR ANTICRÉTICO EN RELACIÓN CON OTROS ACREEDORES

Habida cuenta de que en la ejecución singular rigen los principios de legalidad, especialidad e imperatividad, no cabe conceder, según el Código civil, ninguna preferencia al crédito anticrético, a diferencia del crédito hipotecario (cfr. art. 1923-3.º). Como tampoco el Código civil catalán, a tenor del artículo 569.2-4.

Por lo que respecta a la ejecución universal, según el artículo 270 TRLC, se les reconoce a los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado, el carácter de crédito con privilegio especial (ordinal segundo), después de los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados (ordinal segundo). Este privilegio especial que se concede al acreedor anticrético frente otros acreedores que no sean acreedores hipotecarios y pignoraticios no está exento de problemas interpretativos, y que son los mismos que en el supuesto que analizamos. Por su específica complejidad, nos remitimos a la doctrina más autorizada⁶⁴.

13. LA CESIÓN DE DERECHOS DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

El acreedor anticrético puede ceder a cualquier otra entidad o a un tercero los derechos económicos derivados del contrato de crédito anticrético o su posición contractual en el mismo (cfr. art. 1528 CC). La cesión deberá hacerse en escritura

pública, al igual que se hizo anteriormente de acuerdo con la DA 13.^a LCCI. Sería muy oportuno, en aras de una mayor protección del deudor anticrético, que se insertara una cláusula obligando al acreedor anticrético a que notificara la cesión de rendimiento de las personas físicas, siendo a cargo del deudor anticrético⁶⁵.

14. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

El contrato de crédito anticrético puede extinguirse por cualquier causa. Puede ser por cumplimiento de las obligaciones de las partes, que es el normal de los casos, habiendo llegado el contrato de crédito anticrético a su término. La amortización total de la deuda se obtiene mediante las rentas obtenidas por el alquiler de la vivienda dada en garantía. También es causa de extinción por incumplimiento de cualquiera de las partes instando la acción resolutoria *ex artículo* 1124 CC (p. e., en el caso de que el rendimiento neto sea negativo y el deudor anticrético no pague lo que debe). Es importante respetar la duración del contrato porque es en ese período durante el cual debe cumplir la función asignada, esto es, el pago de una cantidad periódica para sufragar los gastos de alojamiento en una residencia de mayores o de asistencia domiciliaria.

Se puede pactar, no obstante, la cancelación anticipada del crédito anticrético a instancia del beneficiario⁶⁶.

El vencimiento de la obligación de devolver el crédito dispuesto se establece, por norma general, en el momento en que haya transcurrido el plazo establecido, o en el momento del fallecimiento del prestatario. Una cláusula de vencimiento anticipado prevista en el contrato de crédito anticrético con este fin puede hacer ilusoria la confianza que el deudor anticrético haya puesto en este instrumento de financiación. Al menos, tiene a su favor el régimen de vencimiento anticipado, de naturaleza imperativa, previsto en el artículo 24 LCCI⁶⁷, que, en principio, es también aplicable al contrato de crédito anticrético (así, se colige del ap. uno). El vencimiento anticipado puede afectar tanto a la obligación de pago del capital como de los intereses. Cualquier cláusula de vencimiento anticipado contraria a este precepto es nula no por ser abusiva, sino por ilegal (ap. dos). Ahora bien, ésta podría adaptarse, no obstante, a las particularidades del contrato de crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente. Es más, habría que preguntarse si realmente tiene sentido una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de crédito anticrético. Si el acreedor anticrético no obtiene frutos del inmueble no es por una causa imputable al deudor anticrético. La obtención de frutos es un riesgo que debe asumir el acreedor anticrético. No sin razón, el contrato de crédito anticrético es un contrato aleatorio⁶⁸.

Con la muerte de la persona declarada dependiente se extingue la anticresis atendiendo a la función que tiene, pero no así el contrato de crédito, en el que se subrogarán sus herederos. Se podría prever mediante la oportuna cláusula la extinción de la anticresis por la muerte del deudor anticrético, o la cancelación en caso de estar inscrito la anticresis en el Registro la Propiedad. Para el caso de que queden pendientes deudas, se procederá a la correspondiente liquidación. Dijimos más arriba que el arrendamiento de vivienda subsiste aun cuando se haya extinguido la anticresis si la duración es superior al plazo fijado para la anticresis. Mientras no se subroguen los herederos del causante en el contrato de arrendamiento de vivienda, el prestamista puede mantener la posesión de la vivienda arrendada para, en su caso, cubrir con los rendimientos que se obtengan lo que quede por pagar (no son de aplicación, en este caso, los arts. 1881 y 1882 CC). El rendimiento neto positivo que no obstante obtuviera el deudor anticrético y causante entrará en el haber hereditario de sus herederos. Ciertamente, no hay ninguna previsión legal para este supuesto, a diferencia de la hipoteca inversa cuando muere el prestatario o el beneficiario⁶⁹.

El acreedor anticrético deberá restituir cuando antes la posesión de la vivienda cuando se extingue el contrato de crédito anticrético, pudiendo ser oportuno que las partes fijasen un plazo máximo de entrega de la vivienda⁷⁰.

Con la extinción del contrato de crédito habrá que solicitar la cancelación del asiento registral en el caso de que estuviese inscrito el derecho anticrético en el Registro de la Propiedad. Por lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados y de los gastos notariales y registrales, se debe estar, respectivamente, a los apartados siete, ocho y nueve de la DA 1.^a de la Ley 41/2007 a la que remite la DA 13.^a LCCI.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

I. Entre los instrumentos jurídicos privados específicos de conversión de activos inmobiliarios para financiar la estancia en una residencia de mayores o la asistencia domiciliaria ha nacido, no hace mucho, una nueva figura. Nos referimos al contrato de crédito anticrético con fines asistenciales al que alude la DA 13.^a LCCI. Esta disposición no regula este contrato de crédito anticrético, sino que establece solo un régimen de contribuciones y gastos más beneficioso para cuando este contrato se otorga en escritura pública.

II. Surge la obligada pregunta de si este instrumento de conversión de un activo inmobiliario, esto es, la vivienda cuya posesión se entrega al prestamista y acreedor anticrético para garantizar el préstamo, ofrece algunas ventajas que otros instrumentos financieros no proporcionan, como, p. e., la hipoteca inversa.

III. Probablemente la principal ventaja es que el deudor anticrético puede disponer cuanto antes del capital prometido —desembolso inicial de una suma de dinero que se entrega por meses— asegurado mediante la anticresis, al menos desde el momento del otorgamiento de la escritura pública, que es cuando se aplica el régimen de los gastos previstos en la DA 1.^a de la Ley 41/2007, sin tener que esperar a la inscripción del derecho real de anticresis en el Registro de la Propiedad.

IV. Otra ventaja para el prestatario, al menos inicial, es que, por regla general, la devolución del total importe, más los intereses y comisiones, se hace de una sola vez, una vez transcurrido el plazo del vencimiento pactado, o antes cuando tenga lugar el fallecimiento del prestatario.

V. Se puede entregar cualquier vivienda, que, por norma general, no es la habitual.

VI. Puede resultar ventajoso que por el arrendamiento de la vivienda cedida al prestamista se obtenga un rendimiento económico, cuyo importe vendrá destinado al pago de las cargas y contribuciones relacionadas con el inmueble, así como al pago de los intereses remuneratorios y a la amortización del capital del que el prestatario ha dispuesto. Con un poco de suerte, el prestatario puede ser al final acreedor de un crédito, una vez deducidos los gastos y los intereses devengados, y amortizado el capital.

VII. Como en toda anticresis, también este contrato de crédito anticrético tiene un cierto carácter aleatorio, ya que no existe ninguna garantía de que la vivienda sea arrendada o que el arrendamiento concertado con un tercero sea estable. El deudor anticrético es totalmente ajeno al contrato de arrendamiento de la vivienda. La gestión del arrendamiento corresponde exclusivamente al acreedor anticrético. Ello añade una cierta complejidad que en otros instrumentos de conversión de activos inmobiliarios no se da.

VIII. El contrato de crédito anticrético al que se refiere la DA 13.^a LCCI está sujeto a las normas proteccionistas que esta Ley dispensa al deudor anticrético, con algunas particularidades. El control que ejerce el notario en el momento del otorgamiento de la escritura pública garantiza los derechos del deudor anticrético.

IX. El nuevo régimen del derecho de anticresis en el Código civil catalán hace más atractiva esta garantía real que en el Derecho civil común. Seguramente por ello, el contrato de crédito anticrético objeto de nuestro estudio está teniendo una cierta aceptación en tierras catalanas.

X. Finalmente, señalar que la DA 13.^a LCCI menciona un tipo de crédito anticrético asistencial, pero puede haber otros que quedan fuera de la cobertura de esta Ley. Incluso no hay ninguna obligación en el Derecho común de concertar este crédito anticrético conforme a la disposición adicional citada. No es necesaria la escritura pública, y menos aún la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello crea una inseguridad jurídica que no es deseable, al contrario de la hipoteca

inversa, que es mucho más garantista. Surge, efectivamente, la duda entonces de cuál es el régimen jurídico aplicable a estas otras anticresis asistenciales.

XI. Cabría también revisar en qué medida la anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación pudiera servir para agilizar el mercado de vivienda, pero esto es otro capítulo que necesitaría de un estudio independiente.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021, BOE 28 de abril de 2021.
- RDGSJyFP de 13 de noviembre de 2021, BOE 20 de diciembre de 2021.
- RDGSJyFP de 13 de julio de 2022, BOE 2 de agosto de 2022.
- RDGSJyFP de 18 de julio de 2022, BOE 4 de agosto de 2022.
- Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña de 13 de abril de 2022, Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022.
- STJUE 9 de febrero de 2023, RCLI:C:2023:78
- STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C565/2, ECLI:EU:C:2023:21.
- STS de 6 de diciembre de 2009, ECLI:TS:8466.
- STS de 5 de abril de 2017, RJ 2669,
- STS de 23 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:102.
- STS de 11 de septiembre de 2019, RJ 3343.
- Informe 10/2017 emitido por la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores sobre el proyecto “Pensium” de contrato de crédito con garantía de anticresis.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). *Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario*. En K. J. Albiez Dohrmann/M.^a L. Moreno-Torres Herrera (coords.). *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 69-183.
- (2021). *Los préstamos profesionales inmobiliarios*. En J. L. Pérez-Serrabona González/ F. J. Pérez-Serrabona González (dirs.). *Contratación privada, empresa y responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 675-700.
- ALEGRE DE MIQUEL, J. (2017). *Derecho de anticresis: naturaleza y función*. Barcelona. Ed. Atelier.
- ANDERSON, M. (2021). *Fórmulas anticréticas para financiar la dependencia*. En M. Anderson, M. *et alii* (dirs.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Ed. Marcial Pons, 161-194.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.

- CABANAS TREJO, R. (2020). Objeto y ámbito de aplicación de la Ley. En L. Prats Albentosa (dir.). *Ley de Contratos de Crédito inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 77-123.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2013). Comentario del artículo 13 de la LAU. En R. Bercovitz Rodríguez Cano. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 472 ss.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). Comentario del artículo 1881 CC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 12852-12853.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo VI. *Derechos reales*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 535 ss.
- GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (1945). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis. *RCDI*, 457-478.
- GUTIÉRREZ PEÑA, I. (2004). *El derecho de anticresis en el Código civil español*. Madrid.
- HERNÁNDEZ MORENO, A. (1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez *et alii* (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 1926-1929.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). *La hipoteca inversa*. Fundación Registral.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2023). Declaradas abusivas nueve cláusulas predispuestas para un fondo en un contrato de arrendamiento de vivienda, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 1 ss.
- MATEO Y VILLA, I. (2014). *El Derecho de Retención*, con prólogo de A. Núñez Iglesias. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- PRETEL SERRANO, J. J. (2020). La anticresis. En F. Rivera Fernández, F. *et alii* (dirs.). *Lecciones de Derecho Privado*, tomo III. Madrid. Ed. Tecnos, 513-519.
- QUESADA PÁEZ, A. (2014). *Soluciones jurídico-privadas al problema de la dependencia*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2020). Exégesis del artículo 24 de la Ley de Contratos de crédito inmobiliaria (LCCI). En K. J. Albiez Dohrmann/M.^a L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 475-527.
- SABATER SABATÉ, J. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona. Ed. J. M. Bosch.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho español*, prólogo de C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters.
- SIMÓN MORENO, H. (2018). *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- TENZA LLORENTE, M.^a (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- ZURITA MARTÍN, I. (2020). La tasación de los bienes inmuebles. En K. J. Albiez Dohrmann/M.^a L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 293-312.

NOTAS

¹ La justificación del Gobierno para incorporar esta DA en la LCCI es la que sigue: “La disposición adicional séptima de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispone que, a fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la Ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia. Hacer líquido el valor de las viviendas mediante nuevas fórmulas financieras puede contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de países desarrollados: la necesidad de incrementar las ventas durante los últimos años de la vida. El sistema de anticipo de alquileres mediante un crédito con garantía de anticresis es una fórmula que permite hacer frente al pago de las necesidades asistenciales de las personas dependientes y permite amortizar el crédito con los rendimientos netos que producen las viviendas garantes como propiedad de las personas mayores o de su entorno familiar. En una de las formulaciones actuales se puede, además, proteger el patrimonio de la persona mayor si junto al sistema de anticipo de alquileres, los acreedores renuncian a la ejecución de la vivienda y limitan la recuperación de la deuda, exclusivamente a la obtención de alquileres, incrementando el parque de viviendas en alquiler. Los alquileres presentes y futuros que producen dichas viviendas sirven de garantía y de instrumento de pago de los créditos y así se consigue aumentar la renta de las personas mayores y ofrecen un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de anticipar las rentas futuras de las viviendas y destinarlas a satisfacer las necesidades de la dependencia tienen el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar de las personas mayores y sus familias que pueden hacer frente a los costes económicos sobrevenidos de los cuidados de la persona mayor dependiente. Con el objetivo de reducir las cargas impositivas y los costes de la instrumentación jurídica a las personas dependientes y sus familias cuando obtienen liquidez de sus inmuebles en propiedad, le serán también de aplicación las mejoras de tratamiento impositivo y arancelario establecido para las hipotecas inversas”.

² Una de las entidades de las que se tiene conocimiento que propone este contrato de financiación es Pensium, una sociedad limitada con sede social en Cataluña.

³ En su tesis doctoral, GUTIÉRREZ PEÑA, subraya su escasa importancia social y su falta de arraigo en la práctica. La imagen que de ella se ha perpetuado y circula en la comunidad jurídica es que se trata de una figura legal sin posibilidad de aprovechamiento eficaz, aunque este autor entiende que no es una valoración certera (I. GUTIÉRREZ PEÑA (2004). *El derecho de anticresis en el Código civil español*. Madrid, 130). Su deficiente regulación institucional en el Código civil la hace vivir por debajo de sus posibilidades jurídicas, pues su sentido y alcance no aparecen en dicho cuerpo legal enteramente claro (idem). Ello en contraste con el Código civil catalán, en donde se ha modernizado el derecho real de anticresis.

⁴ Propuesta de Código civil, 2018, 157.

⁵ PRETEL SERRANO (2020), en la lección dedicada a la anticresis, relata un caso práctico de una anticresis asistencial, concretamente en garantía de un crédito para hacer frente a los gastos que se derivarán del ingreso de una persona en una residencia para personas de la tercera edad (J. L. PRETEL SERRANO. (2020). La anticresis. En F. Rivera Fernández, F. *et alii* (dirs.). Lecciones de Derecho Privado, tomo III. Madrid. Ed. Tecnos, 517-518). Se hace eco de esta específica figura —que al parecer tiene una mayor aceptación en Cataluña— M. ANDERSON (2021). Fórmulas anticréticas para financiar la dependencia. En M. Anderson, M. *et alii* (dirs.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho*

de la Unión Europea. Madrid. Ed. Marcial Pons, 162-164). Este contrato de crédito anticrético ha llegado a ser calificado por la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022.

⁶ Vid. I. SÁNCHEZ-VENTURA MORER. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho español*, prólogo de C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 70 ss; H. SIMÓN MORENO (2018). *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 65 ss.); A. QUESADA PÁEZ (2014). *Soluciones jurídico-privadas al problema de la dependencia*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 69 ss.; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2009). *La hipoteca inversa*. Fundación Registral, 17 ss. En ninguno de estos estudios se menciona la anticresis con fines asistenciales.

⁷ SIMÓN MORENO, 2018, 168.

⁸ J. ALEGRE DE MIQUEL (2017). *Derecho de anticresis: naturaleza y función*. Ed. Atelier, 276 ss.). Mencionado por ANDERSON, 2021, 182 ss. Viene regulado en el Código civil catalán en el artículo 561-3.2, letra c).

⁹ Por citar uno de los trabajos recientes, *vid.* ANDERSON, 2021, 164-166. Para una visión global de las distintas posturas en el Derecho común, por todos, L. DÍEZ-PICAZO (2012). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo VI. Derechos reales. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 535 ss. Este gran civilista sigue, principalmente, a J. GARCÍA-GRANERO FERÁNDEZ (1945). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis, RCDI, 457 ss. DÍEZ-PICAZO, después del recorrido por las distintas posiciones doctrinales, afirma que, aunque “la cosa sigue siendo dudosa, hay que decantarse a favor de la consideración del derecho anticrético como un derecho real”. Una posición claramente contraria a la anticresis de considerarla como un derecho real de garantía, entre otros, A. HERNÁNDEZ MORENO(1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez *et alii* (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 1926-1929. En la misma línea, E. CORDERO LOBATO (2013). Comentario del artículo 1881 CC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir). *Comentarios al Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 12852.

¹⁰ GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 177.

¹¹ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 138 ss.

¹² GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 325 ss.; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 213.

¹³ *Vid.* la escritura objeto de calificación en la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022. En la escritura se renuncia a la realización del valor ya que en el Derecho civil catalán el acreedor anticrético si tiene a su favor la realización del valor del inmueble dado en garantía (art. 569-23), derecho al cual puede, no obstante, renunciar.

¹⁴ Sobre la renuncia de la venta en la anticresis, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 237-239.

¹⁵ Antes de esta reforma de la LCCI hubo alguna controversia sobre si era de aplicación la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. En el Informe 10/2017 emitido por la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores sobre el proyecto “Pensium” de contrato de crédito con garantía de anticresis, se dice que el contrato que es objeto de dictamen no está sujeto necesariamente a lo previsto en la Ley 16/2011, si bien las partes pueden voluntariamente sujetar el contrato a esta Ley. En el mismo dictamen se analiza la aplicación, en su caso, de la Ley 2/2009, de 31 de marzo y de la DA 1.ª de la Ley 41/2007.

Las reflexiones que se recogen siguen teniendo interés para aquellos contratos anticréticos asistenciales que no cumplen con los requisitos de la DA 13.^a LCCI.

¹⁶ Ya antes, ANDERSON defendía la no aplicación de la LCCI a este producto financiero, 2021, 188.

¹⁷ TENZA LLORENTE, aun cuando reconoce la similitud de la anticresis asistencial con la hipoteca inversa, defiende la aplicación de la LCCI, si bien tampoco niega la aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores y usuarios de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito, si se cumplen los demás requisitos (M.^a TENZA LLORENTE (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliario*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 266). PRETEL SERRANO, (2021, 517-518) también defiende su aplicación a este tipo de anticresis, 518). PRETEL SERRANO también defiende su aplicación a este tipo de anticresis, 2021, 517-518. En contra, sin embargo, ANDERSON, 189.

¹⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). *Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario*. En K. J. Albiez Dohrmann/M.^a L. Moreno-Torres Herrera (coords.). *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas Madrid. Ed. Wolters Kluwer, 141. TENZA LLORENTE, 2022, 265; R. CABANAS TREJO(2020). Objeto y ámbito de aplicación de la Ley. En L. Prats Albentosa (dir.). *Ley de Contratos de Crédito inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 102.

¹⁹ El estudio más completo es de ALEGRE DE MIQUEL, quien, en su monografía, se centra preferentemente en el Derecho civil catalán.

²⁰ *Vid.* el art. 5.1, letra a, del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera. Así, como la legislación autonómica.

²¹ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 211.

²² “1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud”.

²³ *Vid.* K. J. ALBIEZ DOHRMANN (2021). Los préstamos profesionales inmobiliarios. En J. L. Pérez-Serrabona González/ F. J. Pérez-Serrabona González (dirs.). *Contratación privada, empresa y responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 675 ss.

²⁴ Para A. HERNÁNDEZ MORENO solo caben estas dos figuras. Este autor es contrario a concebir la anticresis como un derecho real. (A. HERNÁNDEZ MORENO (1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez et alii (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 929).

²⁵ Sobre la información previa a la constitución de una hipoteca inversa, *vid.* los artículos 32 *septies* a 32 *duocesis* de la Orden EHA/2899/2011.

²⁶ Las entidades de crédito “deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento” (DA 1.^a 4 de la Ley 41/2007).

Recomendación que en su día hizo el Informe 10/2017 (citado en la nota 16).

²⁷ *Vid.* el artículo 11.2 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril.

²⁸ Es objeto de calificación de la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022. Incomprensiblemente, la registradora que califica el contrato de crédito anticrético para financiar el coste de determinadas obras, gastos, impuestos y cuidados asistenciales del acreditado —quien había entregado en garantía una vivienda de su propiedad— suspende la inscripción porque el acreditado no había comunicado al prestamista la facultad concedida a él en una cláusula de querer desistir del contrato. Recuerda la Resolución que el derecho de desistir presupone que el contrato de crédito anticrético ya se ha celebrado (art. 1262 CC), como así fue. Es a partir de este momento, y no antes, cuando el deudor anticrético puede desistir. Es una facultad que corresponde ejercer a él. En el caso concreto, se optó por no desistir. Se estimó, por tanto, el recurso contra la calificación registral.

²⁹ *Vid.* Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

³⁰ ECLI:EU:C:2023:212.

³¹ ECLI:ES:TS:2019:102.

³² Informe 10/2017 (citado en la nota 16).

³³ *Vid.*, por todos, sobre la vivienda habitual como requisito de la hipoteca inversa, SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 261-270; SIMÓN MORENO, 2018, 117-120.

³⁴ Así también cuando se constituye una hipoteca inversa, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2009, 84.

³⁵ Previsto expresamente en el Derecho civil catalán, en el artículo 569.25.2 de su Código civil. *Vid.* ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 149.

³⁶ *Vid.* DA 1.^a 1, letra d), de la Ley 41/2007.

³⁷ *Vid.* artículo 13 LCCI.

³⁸ Sobre la exigencia o no de la tasación del inmueble que va a ser hipotecado, *vid.* la reciente Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 26 de julio de 2021).

³⁹ Sobre la conveniencia de la existencia de una obligación legal de tasar con carácter general cuando se constituyen hipotecas inmobiliarias, I.ZURITA MARTÍN (2020). La tasación de los bienes inmuebles. En K. J. Albiez Dohrmann/M.^a L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 298-299.

⁴⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2009, 89.

⁴¹ *Vid.* DA 1.^a 1, letra d, de la Ley 41/2007.

⁴² GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 177.

⁴³ A favor, GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 195; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 161.

⁴⁴ Analizado por GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 195 ss.

⁴⁵ *Vid.* S. MARTÍNEZ GÓMEZ (2023). Declaradas abusivas nueve cláusulas predispuestas para un fondo en un contrato de arrendamiento de vivienda, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 1 ss.

⁴⁶ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 171. En cuanto al pago de las contribuciones especiales, *idem* (172-176).

⁴⁷ Por todos, A. M.^a COLÁS ESCANDÓN (2013). Comentario del artículo 13 de la LAU. En R. Bercovit Rodríguez-Cano. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 472 ss.

⁴⁸ GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 187; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 158. Cfr. el artículo 511.3 Código civil de Cataluña en el que se dice que el fruto son los productos y los rendi-

mientos. Así también el artículo 321-5.2-3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018).

⁴⁹ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 172.

⁵⁰ *Vid.* sobre el particular, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 187-189.

⁵¹ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 166-168.

⁵² Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

⁵³ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 169-170.

⁵⁴ Sobre esta cuestión en particular, *vid.* I. MATEO Y VILLA, (2014). *El Derecho de Retención*, con prólogo de A. Núñez Iglesias. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 199-201.

⁵⁵ A diferencia de la hipoteca inversa. Según la DA 1.ª 5-2 de la Ley 41/2007: “En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”.

⁵⁶ ANDERSON dice que esta cláusula raya en la «abusividad», 2021,190.

⁵⁷ Se puede traer aquí a colación la STS de 6 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:8466). En ella se afirma: “No cabe condicionar a un hipotecante —dícese deudor anticrético— con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor-prestatario; Solo es responsable con el bien hipotecado —dícese la vivienda dada en garantía al acreedor anticrético—, además, en la medida de la hipoteca —dícese anticresis—. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero —que la asume— sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda —se insiste—, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente trascendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens” (FD 13).

⁵⁸ ALEGRE DE MIGUEL, 2017, 245; en contra GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 220.

⁵⁹ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 242.

⁶⁰ SABATER SABATÉ, J. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona. Ed. J. M. Bosch, 27.

⁶¹ *Vid.* la STS 1 de marzo de 2021 (RA 906) sobre la interpretación del artículo 13 LAU/2013 y su evolución normativa y jurisprudencial sobre el régimen de la resolución del derecho del arrendador en los casos de enajenación forzosa de la finca arrendada.

⁶² Estudiado por ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 251-258. *Vid.* también ANDERSON y su crítica al régimen de la subasta notarial, 2021, 167-169.

⁶³ ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 258-262.

⁶⁴ Entre otros, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 267-268; ANDERSON, 2021, 170-173; en cuanto a la preferencia sobre el inmueble, la misma autora, 2021, 173-180.

⁶⁵ Por el contrario, en la hipoteca inversa la renta obtenida a través de una hipoteca inversa es neutral en el IRPF, así que ni sumará a la base imponible de los ingresos del año ni deducirá ninguna cantidad.

⁶⁶ *Vid.* la STJUE 9 de febrero de 2023 (ECLI:EU:C:2023:78) sobre el reembolso anticipado por el deudor. Según la resolución judicial, no se le reembolsan los gastos de tramitación que no dependen de la duración del crédito sujeto a la Directiva 2014/17/UE.

⁶⁷ Es de obligada lectura el análisis certero y amplio sobre la imperatividad de la norma, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2020). Exégesis del artículo 24 de la Ley de Contratos de crédito inmobiliaria (LCCI). En K. J. Albiez Dohrmann/M.ª L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas Madrid. Ed. Wolters Kluwer, 475 ss.).

⁶⁸ GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 291 ss. El Informe 10/2007, citado en la nota 15, niega, sin embargo, el carácter aleatorio de este contrato financiero.

⁶⁹ Dispone el apartado 5-1 de la DA 1.ª de la Ley 41/2007: “Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación”.

⁷⁰ Así en el Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

*Trabajo recibido el 25 de abril de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*

El fracaso del sistema Torrens en los Estados Unidos.

The failure of the Torrens System in the United States of America.

por

NICOLÁS NOGUEROLES PEIRÓ

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia

Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar las causas del fracaso del sistema Torrens en los Estados Unidos. A principios del siglo XX había leyes Torrens en diecinueve estados, hoy solo subsisten en cuatro. El estudio no solo atribuye a los intereses creados la causa del fracaso, sino que va más allá y analiza los errores en el diseño de las leyes, especialmente en el estado de Nueva York. La primera línea de ataque contra el sistema Torrens fue su constitucionalidad al supuestamente no respetar el *due proces of law*. Esto dio lugar a pronunciamientos de los tribunales constitucionales estatales y a una importante literatura jurídica que muestra una elevada comprensión de lo que significa implantar un registro de derechos. El inadecuado diseño del sistema registral que condujo al fracaso del mismo, en especial en Nueva York, se debió: 1) al establecimiento de un procedimiento, complicado y caro para practicar la inmatriculación de las fincas; 2) a la defectuosa regulación del procedimiento de examen de los títulos y la organización del capital humano; 3) a la inadecuada regulación del fondo de responsabilidad; y 4) a la posibilidad de desinmatricular las fincas, petición de los enemigos del sistema y en contra de las recomendaciones de Robert Torrens. Comprende también una reflexión sobre los enemigos del establecimiento o desarrollo de los sistemas registrales para mostrar que no es una peculiaridad de los Estados Unidos. El trabajo finaliza con unas consideraciones sobre las consecuencias y costes de no elegir el sistema registral adecuado.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the reasons for the failure of the Torrens system in the USA. At the beginning of the 20th Century there were Torrens Laws in nineteen States but today they are in force in only four. The paper points out that the reason for the failure is not only due to vested interests but it also goes further about the mistakes in the basic design specially in the state of NY.

The first claims against that the Torrens System were based on its constitutionality because it was said not to respect due process of law. This resulted in several declarations from state constitutional courts and numerous legal academic studies which showed a high level of understanding of the effects of setting up a title system.

The mistaken design which lead to the failure of the registration system, especially in NY was due to: 1) the expense and complexity of the procedures for the first registration; 2) the mistakes made in the procedure to examine the titles and the organization of human capital; 3) the inadequate regulation of the insurance fund; and 4) the possibility to withdraw the property titles which was a claim of those against the enemies of the system against the advice made by Robert Torrens himself.

There is also a reflection on those against setting up or developing land registration systems to show that these people are not only a special characteristic of the US. The article concludes with some ideas about the consequences and costs of not choosing an appropriate Land Registration system.

PALABRAS CLAVE: Sistema Torrens. Registro de documentos. Inmatriculación. Constitucionalidad. Procedimiento debido-derecho de audiencia. Inatacabilidad. Título independiente. Fondo de seguro. Desinmatriculación. Costes de registrar.

KEYWORDS: *Torrens System. Recording. Initial registration. Constitutionality. Due process of law. Indefeasibility. Independent title. Insurance fund. Withdrawal. Registration costs.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESPUESTA SIMPLE.—III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES REGISTRALES.—IV. ERRORES EN EL DISEÑO DEL SISTEMA: 1. LA INMATRICULACIÓN O *FIRST REGISTRATION* ES SIEMPRE UN PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES. 2. EL EXAMINER DE LOS TÍTULOS ¿LIBRE ELECCIÓN? 3. EL FONDO DE RESPONSABILIDAD DISEÑO DEFECTUOSO. 4. LA POSIBILIDAD DE DESINMATRICULAR (*WITHDRAWAL*). —V. LA OPOSICIÓN AL ESTABLECIMIENTO DEL REGISTRO. LOS AMIGOS DE LO OSCURO Y LOS QUE VIVEN DEL NEGOCIO DE LA CONFUSIÓN.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de esta presentación surge de una pregunta que me formuló el registrador inmobiliario de Sao Paulo, Sergio Jacomino: ¿Por qué el sistema registral ha fracasado en la primera economía del mundo, los Estados Unidos de América? Y, para su sorpresa, coincide con el profesor canadiense Thomas Mapp¹ cuando afirma que, excepto los Estados Unidos, no conoce ninguna jurisdicción en la que el sistema Torrens o la *title registration* haya fracasado. Más bien al contrario, hay una tendencia a reforzar y extender este tipo de sistema registral en el mundo.

Antes de continuar es necesario hacer una precisión terminológica: en los Estados Unidos se utiliza el término *registration* para referirse a los sistemas Torrens o registro de derechos (*title registry*), mientras que el otro tipo de registro recibe el nombre de *recording* y sería el equivalente al registro de documentos (*deeds registry*). El fracaso del sistema registral al que me refiero en este escrito está relacionado con el modelo Torrens, es el registro de efectos fuertes, allí llamado *registration*. Esto no significa que en los Estados Unidos no haya registros, pues los hay desde los primeros tiempos de su fundación² y hoy están implantados en todos los Estados, aunque de efectos débiles porque siguen el modelo del *recording*, que admite distintas variantes³.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se vivió en los Estados Unidos una eclosión de los sistemas registrales. En un corto espacio de tiempo se aprobaron en varios estados leyes dirigidas al establecimiento de sistemas Torrens. Este proceso comenzó en Illinois (Chicago) el 13 de junio de 1895 con la aprobación de *An Act Concerning Land Titles*⁴ y siguió en Ohio en 1896, California en 1897, Massachusetts en 1898, así hasta diecinueve jurisdicciones⁵, entre ellas Washington en 1907 y Nueva York en 1908. En 1916 los Commissioners on Uniform State Laws llegaron a aprobar una *Uniform Land Registration Act* que ya en 1934 quedó obsoleta y, en 1918, el Federal Farm Loan Bureau del Departamento del Tesoro publicó un estudio comparativo de sistemas Torrens que contenía algunas sugerencias para adoptar normas que dieran lugar a un sistema de registro seguro a un coste razonable⁶. En la actualidad, el sistema Torrens solo subsiste en cuatro estados (Hawái Massachusetts, Ohio y Minnesota). En Hawái y Massachusetts se aplica en todo el territorio del estado mientras que en Minnesota y Ohio solo en determinados condados. Es el sistema mayoritario en Hawái, con un 95% de la propiedad registrada bajo el sistema Torrens, mientras en Massachusetts, durante mucho tiempo modelo de inspiración, hoy podemos decir que está herido de muerte (como más adelante veremos y se puso de manifiesto en los congresos IPRA-CINDER de Chile y Dubai).

La materia ha dado lugar a una copiosa e importante literatura jurídica de la que únicamente señalaré las obras principales:

1. Tras la implantación del sistema Torrens en algunos estados, destaca, por la influencia que tuvo en su momento, la obra del profesor Robert Powell *Registration of the title to Land in the State of New York*, publicada en 1938. Esta supuso el mayor ataque al nuevo sistema, pues concluía que no funcionaba mejor la *title registration* que el antiguo sistema de *recording* ya que económicamente era más caro registrar con el nuevo sistema, creaba más problemas y exigía un personal más competente y mejor preparado⁷. La obra fue inmediatamente criticada por Walter Fairchild y William Springer porque Powell hacía trampas al comparar los sistemas: incluía unos costes en el sistema Torrens que luego no computaba en el *recording*, los datos no llevaban necesariamente a concluir que hubiese una alta litigación y no analizaba de manera objetiva las experiencias internacionales, especialmente la inglesa⁸. También, desde la prestigiosa revista *The Yale Law Journal*, respondieron a Powell los profesores Mac Dougal y Brabner Smith y lo atacaron por falta de objetividad en el análisis. Además, la obra de Powell había sido publicada por la *Law Society*, cuyos miembros se caracterizaban por oponerse con vehemencia al nuevo sistema, los datos que aportaba eran parciales y sus críticos los calificaron como un pretexto para desviar la atención (*honest red herring*)⁹. Previamente, habían aparecido en favor del sistema Torrens los libros de Yeakle¹⁰, Eugene Massie¹¹ y Arnold Guyot Cameron¹² del Wall Street Journal y en contra de dicho sistema las obras de Niblack¹³ y Dwight Olmstead¹⁴.

2. A finales de los años 60, en un estudio patrocinado por el MIT y la Universidad de Harvard, el profesor Ted Fiflis propuso la reforma del sistema de contratación inmobiliaria en favor de un sistema de registro que superase las complicaciones del primer asiento (*initial registration*)¹⁵. También, en esas mismas fechas, Walter E. Burnett abogó por un sistema de *registration* que evitase los inconvenientes del *recording* y de las *marketable title acts*¹⁶. En la misma línea de reforma del sistema de contratación y su evolución progresiva hacia un sistema de *registration* se inserta el libro del profesor Barlow Burke, *American Conveyancing Patterns*, publicado en 1978¹⁷. Inmediatamente después de la obra de B. Burke apareció en la misma editorial el libro de Shick y Plotkin, financiado por las compañías de seguros de títulos, que insistía en la tesis de que la experiencia del Torrens en los Estados Unidos era negativa, que sus altos costes no se justificaban por los beneficios que producía y muchas cosas no cubiertas por el certificado Torrens podían serlo por una póliza de seguros¹⁸. Llama la atención que los trabajos favorables al sistema Torrens fueran estudios jurídicos, mientras que fuesen economistas quienes realizaron el análisis de costes favorable al *recording*. También, por esa misma época, un informe de la Law Commission de Ontario había señalado que los costes de registrar propiedades en el sistema

Torrens eran menores y, por ello, proponía la extensión de este modelo en dicha provincia canadiense. En los años ochenta, el profesor Bostick, propuso reformar los sistemas de transmisión inmobiliaria de los Estados Unidos inspirándose en el Registro de la Propiedad inglés y la legislación de 1925¹⁹.

3. En los últimos años el debate está centrado en la aplicación de las nuevas tecnologías y en la mejora de los sistemas de *recording*. Buen ejemplo es el trabajo de McCormack²⁰, publicado en los noventa, y, en fechas más recientes, el libro de los profesores Epstein y Niemann *Modernizing American Land Records*²¹. En este momento el American Law Institute está preparando un *restatement* sobre *property* y en ningún momento presta atención a los sistemas Torrens y solo trata los problemas derivados del *recording*.

La posibilidad y utilidad de estudios de derecho comparado en materia registral se basa en dos premisas:

Primera: las soluciones de un orden jurídico positivo son, con frecuencia, respuestas a problemas jurídicos comunes y estas respuestas, pese a tratarse de tradiciones jurídicas diferentes, no son muy distantes. En todos los sistemas interesa resolver los siguientes problemas²²: ¿quién es el dueño con el que se puede contratar sin temor a perder por evicción? ¿Cuáles son las cargas que afectan al bien inmueble? ¿Cómo probar la titularidad de un bien inmueble?²³

Segunda: las consecuencias de las decisiones que se adopten en el diseño de los registros se manifiestan en el largo plazo y, probablemente, serán irreversibles. Por eso, procede contrastar las experiencias ajenas y, como dice Kahneman, premio Nobel de Economía, pensar despacio, pues esta materia requiere atención y análisis complejos²⁴.

Por todo lo anterior, el análisis tiene que ser necesariamente histórico no sea que descubramos el mediterráneo. Y, desde luego, la experiencia muestra que las reformas en esta materia no pueden ser Bing Bang sino graduales.

II. LA RESPUESTA SIMPLE

Una primera respuesta sería atribuir la causa del fracaso de los sistemas registrales a los distintos grupos de interés, tales como compañías de seguros de títulos, investigadores de títulos (*abstractors*) y los abogados (*attorneys*) que viven de las ineficiencias del sistema de *recording*²⁵, que verían perjudicadas sus ganancias. Ahora bien, ello no sería más que una respuesta simple que no captaría la totalidad del fenómeno. En las conferencias internacionales, fundamentalmente de los bancos multilaterales, es frecuente escuchar por parte de los encargados de reformar las siguientes preguntas: ¿Quiénes son los ganadores con la reforma? (*who are the winners?*) y ¿Quiénes son los perdedores? (*who are the*

loosers?) Como si con ello se disipasen todas las dudas. Además, es necesario recordar que no solo hay intereses creados de parte de los que se oponen a las reformas, sino también del lado de quienes las hacen²⁶ (directores de proyectos, políticos que cifran en la reforma su éxito inmediato o poderosas empresas, generalmente tecnológicas, que obtienen pingües beneficios, aunque sea favoreciendo la corrupción). Sin desdeñar este aspecto al que luego me referiré, puedo anticipar que la causa del fracaso es un error en el diseño del sistema y en los incentivos.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES REGISTRALES

La primera línea de ataque contra las Leyes Torrens aprobadas en los Estados Unidos fue impugnarlas por inconstitucionalidad. No hay ley registral que no pasase por los tribunales estatales para enjuiciar su constitucionalidad e incluso, en una ocasión, llegó al Tribunal Supremo Federal²⁷. Aunque en Inglaterra, Australia²⁸ y Canadá se habían aprobado leyes similares ello no fue ningún obstáculo para los enemigos de las leyes registrales, estos sostenían que en dichos países, pertenecientes a la tradición del *common law*, no había una constitución escrita como sucedía en los Estados Unidos. Las primeras leyes aprobadas, en Illinois en 1895 y en Ohio en 1896, fueron inmediatamente impugnadas y declaradas inconstitucionales en 1896²⁹ y 1897³⁰ respectivamente. En los legisladores no anidó el desaliento y nuevamente aprobaron leyes registrales en 1897³¹ (Illinois) y en 1913 (Ohio)³². Esto mismo sucedió en los otros estados en los que una parte considerable de miembros del Bar, abogados, y de las compañías de seguros impugnaban las leyes, una y otra vez, pese a que los tribunales acabaron sosteniendo su constitucionalidad, pero estos abogados no cesaron en el empeño³³. Hay leyes que fueron impugnadas más de sesenta veces³⁴. Pese a que las leyes se declararon constitucionales, muchos juristas seguían dudando de su constitucionalidad³⁵, pues se había creado un clima entre la clase jurídica en el cual ninguna ley registral en los Estados Unidos podría ser conforme con las constituciones de los diferentes estados.

La impugnación de las leyes registrales se basó en diferentes motivos, teniendo en cuenta la peculiaridad de cada ley y cada estado, pero los tres razonamientos más empleados fueron los siguientes:

1. Porque permitía expropiar la propiedad sin seguir el *due process of law* pues se privaba al dueño de su propiedad sin su consentimiento y sin ser oído.
2. Porque concedía poderes judiciales a los registradores (*recorder* y *examiners*)³⁶.

3. Porque era una legislación especial que alteraba el *Statute of Limitations* (modificaba las reglas sobre prescripción)

La interposición de los recursos no tenía más finalidad que ralentizar la aplicación de las leyes así como desanimar a sus proponentes. No obstante, dichos recursos de inconstitucionalidad muestran una adecuada comprensión de lo que significa un Registro de la Propiedad, incluso a veces mucho mejor que en los países del viejo continente con una larga tradición en materia de registros públicos. Estos recursos de inconstitucionalidad se convirtieron en el mayor homenaje a la función del registro, pues para los enemigos del registro quedó claro:

1) Que la función registral es una función pública y con ello se superaban los viejos esquemas de la contratación privada (de la *private conveyancing* a la *registered conveyancing*). El registro es expresión de una intervención pública, intervención estatal, en la definición y protección de los derechos reales, *property rights*. Las posibilidades son, fundamentalmente, dos: o el Estado se inhibe y, en consecuencia, cada ciudadano tiene que componérselas por sí solo en el mercado, con la ayuda de las compañías de seguros de títulos, profesionales del derecho, para despejar las dudas sobre la eficacia y legalidad de los títulos, en caso de contradicción o de sospechas de defectos en su constitución. O al contrario, el Estado interviene para garantizar la fiabilidad de los derechos y el registro se constituye en un sistema de creación de titularidades con la garantía del poder público³⁷.

Precisamente los promotores de los sistemas de registro en los Estados Unidos consideran un avance que tenga lugar una adjudicación oficial de derechos, lo que concede mayor seguridad que un examen y opinión meramente privada³⁸.

Los economistas clásicos³⁹ (Adam Smith y John Stuart Mill) entienden que la seguridad de la propiedad y la garantía del cumplimiento de los contratos corresponde al Estado. El filósofo liberal J. Bentham abogó por establecer el Registro de la Propiedad⁴⁰ y autores tan poco dudosos de intervencionismo como Hayek consideran una función del Estado el Registro de la Propiedad⁴¹. También Fukuyama opina que la protección de los derechos de propiedad forma parte del Estado mínimo y es necesaria para la construcción del mismo⁴².

Por ello, como ha escrito Eduardo Martínez, el *blockchain* entendido como un orden privado sin intervención de ninguna autoridad es contradictorio con lo que es un Registro de la Propiedad⁴³. Distinto es que el *blockchain* sea simplemente una tecnología que puede incorporarse e incluso mejorar el procedimiento registral. Pero en el registro hay siempre una declaración autoritativa del poder público con mayor intensidad según el sistema.

2) Solo tienen la consideración de derechos reales plenos aquellos que son objeto de registro y constan en el certificado (previo decreto) que declara de manera absoluta los únicos derechos que son válidos frente a todos. Los que son

conclusive y por tanto *indefeasible*. Solo son reconocidos como derechos reales los que están registrados⁴⁴. (El conjunto de entradas en el Registro forman el certificado del título. En una sola página del Registro se muestra el estado del título).

Desde la perspectiva de los autores estadounidenses, muy respetuosos con el derecho de propiedad, esto es una privación a los titulares de los derechos sin atenderse a lo que la doctrina americana llama *due process of law*. Las conocidas Enmiendas V y XIV a la Constitución americana disponen que nadie puede ser privado de la vida, la propiedad o la libertad sin seguirse un «procedimiento debido», en el que haya sido oído el que va a perder su derecho. Esta idea del *due process* procede de la Carta Magna inglesa y guarda cierta similitud con el concepto de «proceso justo» que en el ámbito europeo ha proclamado el TJUE. En el fondo, no son más que los derechos de audiencia y defensa⁴⁵.

Una de las cuestiones controvertidas, que tiene gran importancia en materia de registros de la propiedad, es si el *due process of law* exige necesariamente un procedimiento ante los tribunales. Frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de aquella época (en la que se establecieron y juzgaron las primeras leyes registrales), hoy sabemos que tras el período de Roosevelt y la aparición de las agencias independientes, este *due process* no es necesariamente judicial⁴⁶. Estas agencias son consideradas un cuarto poder entre el legislativo y el judicial y, es aquí donde corresponde también aplicar el *due process of law* y prestar especial atención al tema de las notificaciones. En realidad, no hay una precisa definición del *due process of law* en las distintas resoluciones, pero sí se hace hincapié en que lo esencial son los derechos de audiencia y de defensa. Como se ha dicho, el *due process* no significa un procedimiento ante los tribunales, sino que este se adaptará según las circunstancias y necesidades del caso⁴⁷.

En todos los sistemas registrales, y no solo en los Estados Unidos, el no llevar o, por el contrario, inscribir los títulos en el Registro de la Propiedad tiene consecuencias jurídicas que podemos graduar según su intensidad:

a) No produce acción ante los tribunales. Es el caso de los oficios de hipotecas de 1768⁴⁸.

b) No tiene efecto contra tercero. El sistema de la conservaduría francesa o italiana da lugar a la inoponibilidad de los títulos no inscritos. La doctrina, en este supuesto, formula la teoría de la propiedad relativa⁴⁹ o precaria. También en el ámbito del *Register of Deeds* del mundo anglosajón y, en particular, en el *Register of Saisines* de Escocia la doctrina señala que *no real right before recording*⁵⁰, esto supone que la propiedad no inscrita es precaria.

c) No hay derechos contradictorios pues la llamada fe pública o inatacabilidad los elimina de manera que no hay más derecho que el inscrito. Todo lo anterior lleva a la doctrina a proclamar que *the register is the title*. Este es el

efecto de los registros de derechos o *title by registration* propio de los sistemas de inspiración germánica o de los modelos Torrens.

En los Estados Unidos, y a ello responden todas las prevenciones hasta ahora vistas, se pretendía obtener un título válido frente a todo el mundo y, además, dotado de una gran fortaleza. Esto último sería posible en la medida que el título admitiese pocas excepciones a su fuerza. Y para todo lo anterior se utilizó un procedimiento o proceso llamado: *action to quiet the title*⁵¹ de manera que se compele o provoca a quien ostente un derecho contradictorio para que accione en contra del que pretende inscribir, o bien guarde silencio para siempre en caso de no hacerlo. Este procedimiento es similar a otros conocidos en la historia como es la acción de jactancia en el derecho continental o la *feigned action* en el derecho anglosajón⁵². Así, ante la ausencia de un sistema fiable para conocer los titulares de las fincas y las cargas que recaían sobre estas se fingía o provocaba un proceso que extinguía todo derecho contradictorio⁵³. En la ciudad hanseática de Bremen, la transmisión y gravamen de los inmuebles se celebraba, desde la Edad Media, mediante la publicación de edictos en los que se convocaba a todas las personas que creían tener algún derecho sobre el inmueble y finalizaba con una declaración judicial de efecto extintivo de los derechos no acreditados, un mecanismo muy similar a la adquisición por la *appropriance* previa publicación de anuncios en Bretaña⁵⁴, ambos considerados antecedentes del sistema Torrens⁵⁵, y también los procedimientos de liberación o purga que tuvieron su origen en Francia con el edicto de 1771⁵⁶. Actualmente, en el procedimiento registral alemán, si el perjudicado por cualquier inscripción al ser notificado no reclama o renuncia a la notificación, pierde el derecho a ser indemnizado⁵⁷. Esto no es más que una versión actual de la misma técnica dirigida a obtener un título eficaz frente a todos.

En los Estados Unidos, con las leyes Torrens, se emplea una técnica muy similar. El procedimiento judicial finaliza con un decreto fijando (*quieting the title*) los derechos frente a todas las personas y este es el primer peldaño en todas las leyes registrales en los Estados Unidos⁵⁸. La finalidad del decreto es ser un nuevo punto de partida para determinar el derecho, declarar de manera absoluta los derechos que hay sobre el inmueble y es *conclusive*, exacto e inatacable frente a todo el mundo (*against the whole world*).

Desde esta perspectiva el registro no se limita a ser un espejo porque la inscripción siempre produce consecuencias jurídicas sustantivas sobre la situación jurídica inscrita. Por eso, el principio del espejo (*the mirror principle*) tan extendido en la literatura anglosajona, expresión acuñada por Theodor Ruooff en un artículo de 1952⁵⁹, no capta en su integridad la función del registro, pues este no es reflejo de una realidad, sino que la realidad jurídica es la que resulta del registro. Por eso, los autores de referencia en Inglaterra afirman que *the register is the title*⁶⁰ y, en esta misma línea, en los Estados Unidos otro importante profesor

considera que el certificado del registro no solo es prueba del título, sino que es título mismo⁶¹. Aunque la metáfora del espejo puede ser cierta en algún tipo de derechos, matizan los profesores escoceses Reid y Gretton, no sirve para la gran mayoría de derechos en los *title-registration system* en los que el registro no se limita a reproducir lo que hay fuera⁶².

Tampoco puede confundirse el registro con un duplicado de la antigua *Gewere* germánica de manera que lo que hace es crear una «apariencia», como defienden algunos autores⁶³; o una legitimación como distinta de titularidad, (posesión y derecho real) para hablar de una legitimación formal que se identifica con publicidad⁶⁴. La *Gewere* como apariencia del derecho *Rechtsschein* (Gierke)⁶⁵. Sin embargo, desde la obra de Otto Brunner *Land und Herrschaft*, la *Gewere* nada tiene que ver con una apariencia sino con la plena capacidad defensiva. Responde a un modelo en el que hay un uso privado de la fuerza y no hay Estado que ostente su monopolio. Se tiene *Gewere* en la medida que ejercita la defensa y protección. Unos miembros de la comunidad pueden ejercitar su defensa contra otros porque tienen una parte del poder ejecutivo y, por tanto, solo el que puede defenderlo tiene derecho sobre el bien⁶⁶. Poco a poco este poder de defensa pasará a un tribunal o una oficina territorial (*Landgericht oder Amt*).

3) El registro de la propiedad es una nueva manera de realizar las transmisiones. Los autores americanos no confunden el registro con ninguna apariencia porque tienen claro, como dijera Robert Torrens en 1882, que «es un error creer que lo esencial en el registro es la publicidad»⁶⁷. Por eso, el presidente de la comisión de hipotecas del Estado de Nueva York afirmó en 1937 que el fin primario del registro es proporcionar una nueva técnica para realizar transmisiones y hacerlas permanentes e incontestables (*unassailable*)⁶⁸. En fechas más recientes, Alain Pottage⁶⁹ ha insistido en que la originalidad de la *registration* no se reduce a registrar lo que otros han hecho, como sostenía en Inglaterra Beale (presidente de la *Law Society*), sino que se trata de una nueva lógica en la que la creación del título es encomendada al registro.

No muy lejos de esta idea estaba, el que sin duda es el mejor hipotecarista español del siglo XIX, Bienvenido Oliver, para el que el registro no es más que la institución pública que nos permite adquirir el dominio y demás derechos reales con absoluta seguridad y sin temor a reivindicaciones inesperadas⁷⁰.

Desde esta perspectiva, muy clara en los autores americanos, así como en todos aquellos formados en sistemas Torrens, la idea de publicidad pasa a un segundo plano⁷¹.

4) La atribución de un título *conclusive* podría vulnerar las reglas de la prescripción de derecho (*Statute of Limitations*). Efectivamente porque han entendido que el registro es un mecanismo que permite una «usucapión abreviada».

Si un derecho es irresistible frente a muchos, pero hay algunos ante los cuales sucumbe, pierde el carácter absoluto y se convierte en relativo. Así, en Roma, el único medio que otorgaba una propiedad de carácter absoluto y que eliminaba, por tanto, cualquier otro derecho incompatible era la *usucapio*, como señalaba Buckland. En cambio, cuando se trata de probar que un título es mejor que otro (*maius ius*), pero sin poder declarar que es «el único título» nos encontramos ante el ámbito de la posesión, pero no el de la propiedad⁷². El otro medio de obtener un derecho inatacable es una declaración judicial. El derecho es seguro cuando ha sido aceptado por todos (*against the whole world*) y esto históricamente tiene lugar en un procedimiento de purga en el que todos los interesados, conocidos o no, son intimados a un proceso (*quiet title action*). A través de este proceso fingido se extingue todo derecho contradictorio con el nuevo que nace. Todos sabemos que el mercado actual no puede esperar los plazos de usucapión para obtener la seguridad, ni tampoco puede realizar un procedimiento de purga por cada transacción porque resulta antieconómico.

Hoy, la respuesta pasa por una declaración del poder público que se asimile a una declaración judicial en un procedimiento sumario y que produzca los efectos de una usucapión abreviada y esto es el Registro. Un mecanismo seguro, barato y sencillo⁷³.

5) En relación con lo visto no es de extrañar que en los Estados Unidos considerasen que la actuación del registrador era judicial y no meramente administrativa (*ministerial*⁷⁴). Tal es así que en Ohio, en 1912, una reforma constitucional atribuyó al registrador funciones judiciales. En otros Estados se dijo que como eran títulos *uncontested* (indiscutidos), tras notificar a todas las personas, el registrador podía continuar con sus funciones. En cambio, cuando el título era discutido porque se había suscitado oposición, el registrador lo tenía que transferir a los juzgados. En Illinois se consideró que, aun siendo *uncontested*, la actuación del registrador era judicial. En el fondo se dice algo similar a lo que todos conocemos: el registrador interviene, pero cuando identifica a un tercer interesado que no ha sido parte en el procedimiento ya no continúa. En los demás casos, puede ser considerado «el fiscal que representa a los ausentes»⁷⁵, pero nunca asume la representación de un tercero identificado, por lo que suspende o finaliza el procedimiento. A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos administrativos.

En los Estados Unidos, con sus objeciones, nuevamente han captado que la función del registrador no es estrictamente administrativa⁷⁶. No es casualidad que en Alemania se incardine dentro de la Jurisdicción Voluntaria o en Inglaterra se hable de funciones *cuasi-judicial*⁷⁷. También, el Tribunal Supremo de British Columbia declara que la función del registrador *is not administrative but judicial*⁷⁸.

La proximidad con la función jurisdiccional deriva:

a) Del carácter neutral, pues ambos (registro y jurisdicción) actúan con carácter de extraneidad e indiferencia respecto a la materia o intereses que se les someten. No solo es un tercero de confianza, sino un tercero neutral. Por eso, no hay registradores del Banco X ni de la familia Z, pues su objetivo es la realización del ordenamiento jurídico.

b) De la posición de independencia del sujeto no sometido ni condicionado por otros órganos (así el registrador puede estar en una situación de dependencia funcional, pero no jerarquía administrativa en el «control o calificación»).

En la zona de confines entre la actividad jurisdiccional y la administrativa surgen estos poderes públicos neutrales⁷⁹.

6) Lo importante es conseguir un título seguro e inatacable (*indefeseable*). Desde esta perspectiva, los americanos han comprendido que lo importante es que el título que produce el sistema sea *conclusive* y con ello inatacable. En otras palabras, lo importante es que la inscripción esté protegida por la fe pública registral y, por eso, no pierden el tiempo discutiendo si la inscripción es constitutiva o declarativa, como tampoco lo hacían los autores del siglo XIX.

Se trata de resolver una de las preguntas que ha sido formulada al principio y que en la doctrina italiana planteó Rosario Nicoló: ¿qué pasa cuando un eslabón de la cadena es declarado nulo?⁸⁰ Las alternativas son claras:

a) Efecto dominó y caen todos los eslabones con lo que ninguna adquisición es siempre segura.

b) Se independiza cada eslabón de la cadena. Así Torrens escribió que “ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil”⁸¹ y, para evitar esto, independiza cada argolla de la cadena dando lugar al efecto guillotina o telón. Si cae un eslabón los demás quedan a salvo. Eso es la inatacabilidad y eso es lo que preocupa a la literatura americana.

IV. ERRORES EN EL DISEÑO DEL SISTEMA.

En 1913, en una serie de lecciones impartidas por Brickdale⁸², quien posteriormente llegaría a ser el *Chief Land Registrar* del Registro de la Propiedad inglés en la London School of Economics, enumeró, siguiendo a Robert Torrens, las que consideraba características de un sistema registral ideal en relación con las transmisiones inmobiliarias (*Land Transfer*): 1) seguro, 2) sencillo 3) exacto, 4) barato, 5) rápido y 6) adaptado a las circunstancias. Pues bien, aunque el sistema registral Torrens en los Estados Unidos cumplió alguna de estas notas, no pudo llevarlas todas a la práctica. Pese a que era seguro, no pudo ofrecer un sistema rápido, sencillo y adaptado a las circunstancias. Veamos, siguiendo

fundamentalmente el modelo de Nueva York, aquellos aspectos del diseño que resultaron más problemáticos.

1). LA INMATRICULACIÓN O *FIRST REGISTRATION* ES SIEMPRE UN PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES.

La solicitud de registro inicial se hacía ante los tribunales, en lugar de ante el registrador, aunque los títulos fuesen indisputados (*uncontested*). En Nueva York, los enemigos del sistema de la *registered conveyancing* (compañías de seguros, investigadores de títulos y *abstractors*) presionaron para que se hiciese por medio de un juicio (*law-suit*). Las alternativas eran dos:

a) que se enmendase la Constitución del Estado, como en Ohio, para que pudiese hacerse ante el registrador.

b) crear un procedimiento especial y sumario, al igual que en Massachusetts, donde no solo hay un procedimiento específico, sino también un tribunal especializado.

Nada de esto se hizo en Nueva York, y el procedimiento resultó tedioso, complicado y se dilataba en el tiempo. El sistema obligaba a una doble demanda, una primera para probar que el título podía ser registrado (obtener permiso para iniciar la acción) y después una segunda para iniciar el procedimiento de registro.

Los costes de los examinadores de títulos junto con las costas judiciales eran tan altos que en la práctica devenía en una prohibición de negociar. El nuevo sistema lo tenía todo para fracasar, era muy caro y, además, lento. Incluso en los sistemas que todavía persisten, la *first o initial registration* consume un tiempo que hoy resulta excesivo y así lo puso de manifiesto uno de los jueces de la Land Court de Massachusetts en el Congreso IPRA-CINDER de Derecho Registral, celebrado en Dubai, al señalar que una inmatriculación en su tribunal puede tardar unos cinco años⁸³.

El problema del diseño no es que hubiere que recurrir a los tribunales, pues la fortaleza del título depende del rigor del procedimiento. El verdadero error en la configuración del sistema es no haber sabido elaborar una primera vía de acceso, *first o initial registration* flexible, en atención al título o documento de prueba del particular. Faltó flexibilidad en el momento inicial para llevar los derechos al Registro.

El modelo inglés, al que tanto miran desde los Estados Unidos, fracasó en 1862 precisamente por ofertar solo una vía de acceso muy rígida y que también tenía como inconvenientes un elevado coste y tardanza. Por eso, la Transfer Act de 1875 admitió una variedad de vías de acceso y permitió el ingreso en el Registro no solo de los títulos *absolute*, sino también los *qualified y possessory*⁸⁴.

Esta flexibilidad en las vías de acceso se manifestará en otras latitudes y hoy la encontramos tanto en las leyes Torrens de Melbourne cuanto de Minnesota, que desde 1982-1990 admiten las inscripciones de los *possesory title*.

Fuera del ámbito anglosajón también hay esta posibilidad, no otra cosa era el expediente posesorio de la ley española de 1861, pensado para aquellos casos en los que se tuviese una titulación más débil, de manera que las inscripciones de posesión, pese a su nombre, como señaló el inteligente notario Ángel Sanz, no eran inscripciones de posesión, sino inscripciones de efectos más débiles⁸⁵. Y, en los modelos germánicos y austríacos, cuando el título es incompleto accede por medio de una prenotación, sirva de ejemplo el sistema *tavolare*⁸⁶.

Precisamente uno de los autores más influyente en contra de la implantación de los sistemas Torrens en Estados Unidos fue el profesor Richard Powell, pero en los años sesenta cambió de postura y abogó por la introducción de sistemas de registro (*registration of title*) basándose en el acceso del *possesory title* como en Inglaterra.⁸⁷

2) EL *EXAMINER* DE LOS TÍTULOS. ¿LIBRE ELECCIÓN?

Aunque en la versión original del Torrens las personas que van a examinar los documentos son designados por el registrador, en el modelo de Nueva York, no así en el resto de las jurisdicciones de los Estados Unidos⁸⁸, los examinadores serán elegidos por los que solicitan la inscripción y se convierten en sus clientes (con lo que dejan de ser «*official*»⁸⁹ los *title examiners*).

Los autores⁹⁰ señalan que el *examiner* debía responder de su actuación ante dos amos con finalidades e intereses distintos, por un lado, el tribunal registral y, por el otro lado, su deber con el cliente del que obtenía remuneración. Esto llevó en la práctica a que los tribunales no le diesen más valor a las opiniones del *official examiner* que las que otorgaban a cualquier abogado (*attorney*) de parte.

Esta función de *examiner* la podían asumir abogados autorizados (*licensed*) individualmente o compañías de seguros de títulos⁹¹ y, por ello, la función nunca fue ni imparcial ni desinteresada⁹².

¿Qué ocurrió en la práctica? Pues, por un lado, que las compañías de seguros informaban en contra y desanimaban a sus clientes a solicitar el registro de la transacción y, por otro lado, que los abogados que carecían de una *title plant* no podían competir en este mercado con las compañías de seguros. El resultado fue que solo 5 abogados de los 10.000 que había en Nueva York se dedicaban a esta función para la que se les exigía rígidos requisitos de idoneidad y disponer de una fianza. Las compañías de seguros de títulos se quedaron con el negocio de los *examiners*.

Esto no fue un resultado casual, sino pretendido por la Comisión Torrens de 1908, de manera que se pudiesen aprovechar las *title plants*, propiedad de

las compañías de seguros de títulos, y estas, a su vez, cobrasen directamente del cliente por su labor de *examiners*. Todo ello, con la falsa ilusión de que al dar a las compañías un negocio de treinta millones de dólares serían las primeras interesadas en defender el sistema Torrens.

Les pusieron un anzuelo, pero no mordieron porque sabían que un sistema de registro acaba con el negocio de las compañías y que ser reducidos a *examiners* supondría con el paso de los años la muerte de sus *title plants*⁹³. El comité Torrens estaba presidido por el profesor Alfred Reeves que era el redactor de la Ley Torrens de 1908 que tan difícil era llevar a la práctica, pero también era un asalariado de las compañías de seguros de títulos.

¿Dónde está el error?

a) En el diseño institucional de los sistemas registrales la función de calificación no puede desarrollarse en régimen de libre elección pues, como han señalado Timothy Geithner⁹⁴ y Richard Posner⁹⁵, ello conduce a elegir el controlador más laxo. La competencia entre controladores, en recientes casos que han tenido lugar en los Estados Unidos, resulta perjudicial, pues da lugar a una carrera por lo mínimo (*race to the bottom*), en opinión de los economistas Roubini y Mihim⁹⁶. Asimismo, esto lleva a que los controladores más estrictos se vuelvan más flexibles y blandos para atraer a más clientes. Esta es la paradoja de la elección o «*shopping* de reguladores»⁹⁷.

b) El controlador ha de ser independiente y predeterminado, por consiguiente, hay que dotarle de un estatus que lo haga inmune a las decisiones y cambios políticos. Es necesario que, al igual que el juez, sea predeterminado y no corresponda al poder ni a ningún director decidir quién debe calificar los documentos que deben inscribirse. La no predeterminación del calificador es la ventanilla por la que se cuele la corrupción. Esto expresa el compromiso del Estado con el respeto de la propiedad y demás derechos reales. Como se ha dicho antes, esto determina la tasa de credibilidad del Estado.

c) Debe buscarse personal competente⁹⁸ para que ejerza las funciones de control y tenga los incentivos adecuados para ser fidelizado y evitar su huida al sector que debe ser controlado⁹⁹. Hay que impedir lo que pone de manifiesto el documental *Inside Job*, que los que ejercen función de control en el sector público, si son buenos, al poco tiempo se encuentran del lado contrario. Hay que fidelizar el talento del lado del controlador. La calidad de los controles depende de la cualificación de los que los ejecuten y cuando se rebaja el nivel de exigencia y la cualificación de los que deben ejercitarlos se disminuye la calidad y reputación del sistema. Los controles serán tan buenos como sean los controladores que los ejerzan. Así Brickdale, en el año 1901, proponía que, en la organización del registro, debería haber un nivel superior formado por juristas con experiencia y un nivel inferior con personal de la administración ordinaria¹⁰⁰. Si el control ejer-

cido por el registro es de carácter jurídico no tiene sentido que el nivel superior de la organización registral corresponda a los informáticos o agrimensores. Es totalmente distinta una organización registral regida por juristas de aquellas otras dirigidas por informáticos o topógrafos.

Precisamente esta era una de las insuficiencias del sistema estadounidense que destacaba en su crítica Richard Powell (el jefe de la oficina era objeto de elección popular y el personal de esta era de libre designación). No cabe esperar el requisito de alta cualificación en auxiliares mal pagados. Es necesario un personal muy bien formado. El hecho de que el efecto sea la posibilidad de perder un derecho y sustituirlo por compensación exige una buena preparación para que esto no ocurra¹⁰¹. Pero no basta con solo una buena preparación jurídica, sino que es necesaria que esta lo sea en *law of property and conveyance*¹⁰² (propiedad, derechos reales y derecho inmobiliario registral). No todo *good judge is a good title judge*¹⁰³. El registro de derechos tiene la necesidad de invertir en capital humano porque exige un personal más cualificado¹⁰⁴. Por eso, los costes de la plantilla son mayores en los sistemas Torrens¹⁰⁵.

3) EL FONDO DE RESPONSABILIDAD. DISEÑO DEFECTUOSO

Es conocida la expresión «sin responsabilidad no hay registro»¹⁰⁶ y la importancia que Theodor Ruoff atribuyó al aseguramiento, hasta el punto de formularlo como un principio (*the insurance principle*)¹⁰⁷.

En el sistema Torrens la existencia de un certificado *indefeasible* supone, como se ha visto, que los derechos que no constan allí no tienen efecto, han sido eliminados (*cut off and lost*). Esto es consecuencia de haber superado el carácter derivativo del título o, dicho en otros términos, la abstracción del tercero respecto a los vicios que afectan al negocio del transferente.

Un principio de prudencia exige que la concesión de un título con efectos tan fuertes lleve aparejada la provisión de un fondo para futuras compensaciones.

La existencia de un fondo de compensación o de otro tipo de seguro, se convierte en una pieza clave del sistema del registro junto con el control y el título inatacable.

El error en el diseño del sistema en Nueva York consistió en hacer este fondo opcional, a diferencia de lo que acontecía en el resto de los Estados.

Los enemigos del sistema provocaban o favorecían errores en la fase de la *first o initial registration* de manera que al ser el inicio y tener fondos poco dotados, pues todavía no habían recogido muchas primas, se les llevaba a la quiebra¹⁰⁸. Esto es lo que aconteció en California en 1937, un solo caso acabó con el fondo y llevó al desprestigio del sistema¹⁰⁹.

La idea es que pagan los que se benefician del sistema y se indemniza a todos los perjudicados, a diferencia del *title insurance*, que solo protege al que contrata la póliza¹¹⁰.

Los contrarios a la implantación del sistema de registro insistieron en que el Estado no debía asegurar los títulos propiedad¹¹¹. Sin embargo, los liberales ingleses del Cobden Club, que defendían el *free trade in land*, opinaban que no se trataba de una interferencia en una actividad privada, sino en un cambio en la manera de contratar que no puede ser realizada por los particulares y que es gestionada por el Estado¹¹².

Ahora bien, en los Estados Unidos, más proclives a la iniciativa privada y temerosos ante la intervención del Estado, siguió latente la objeción de que con la garantía del Estado se competía con el sector privado¹¹³. Por eso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció en materia de seguros, dejando claro qué matices permitirían salvar la constitucionalidad de los fondos de seguros creados por las leyes Torrens.

Así, el caso *Mountain Timber Co v. State of Washington* versa sobre un fondo de garantía no creado con cargo a presupuestos generales (*general taxation*), sino por una disposición de carácter especial por razón de la actividad y para asegurar la compensación por los daños. Ejemplo de lo anterior es la creación de un fondo de garantía de depósitos para compensar a los depositantes en caso de insolvencia de un banco. El fondo se nutre solo de las aportaciones de los depositantes. Este supuesto es plenamente aplicable al fondo de seguro, creado por las aportaciones de los que registran, y que cubre, con mayor o menor extensión, los daños causados por las inscripciones registrales¹¹⁴.

A su vez, en el caso *Bradbury on Workmen's Compensation*, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la expresión *State insurance fund* y precisa que se refiere solo a un fondo supervisado por el Estado, en vez de por privados, pero que el Estado en ningún caso garantiza los pagos compensatorios¹¹⁵.

Aun así, en muchas jurisdicciones¹¹⁶ siguieron creyendo que las ventajas económicas de un buen registro podían conseguirse independientemente de la existencia de un fondo de seguro. El no haber comprendido la importancia del fondo de seguro y la compensación de los daños a la hora de implantar un modelo registral fue otro de los grandes errores cometidos.

4) LA POSIBILIDAD DE DESINMATRICULAR. (*WITHDRAWAL*)

La posibilidad de desinmatricular las fincas, una vez han seguido el proceso de depuración jurídica y física que resulta de las leyes Torrens y que tiene como resultado la inscripción y emisión del certificado, es un gran error de diseño del

sistema que no se sustenta ni desde el punto de vista práctico ni teórico. Solo encuentra explicación en los intentos de acabar con el mismo.

Los autores americanos¹¹⁷ subrayan que ninguna desinmatriculación tiene lugar porque los propietarios consideran que no están satisfechos con el sistema. Los causantes suelen ser las compañías de títulos, abogados o investigadores de títulos que se niegan a prestar sus servicios o impiden que obtengan créditos de las entidades ligadas a las compañías de seguros de títulos, si la finca está bajo el régimen del sistema Torrens.

Desde el punto de vista práctico, carece de sentido que, habiendo incurrido en el supuesto mayor gasto que implica la *initial registration* y sabiendo que uno de los efectos es reducir el coste de transacción de las ulteriores transferencias¹¹⁸, se saque la finca del sistema precisamente en el momento en que va a disfrutar de las mayores ventajas de este.

Desde el punto de vista teórico, supone desconocer que aunque hay un fin primario de carácter privado en el hecho de inscribir las fincas en el Registro, también hay un interés público en la registración. El poder público se ha comprometido en la depuración de la propiedad, en la claridad y delimitación de los derechos y en la garantía de las titularidades. Estamos hablando de derechos reales y su protección a través del Registro, una vez realizada la opción inicial en favor de la inscripción, compete a todos porque a todos obliga.

Los autores estadounidenses¹¹⁹ dicen, de manera muy gráfica, que sería como construir una línea de ferrocarril (el sistema Torrens) y permitir a los viajeros a mitad del trayecto bajarse de vagón y llegar andando a la estación de destino. No habría mayor desprestigio para esa vía férrea.

En Massachusetts, que durante mucho tiempo fue un modelo de referencia con su Land Court, como se pudo apreciar en las intervenciones de sus jueces en los congresos de IPRA-CINDER de Chile 2014 y Dubai 2016, en el año 2000¹²⁰, los enemigos consiguieron, tras múltiples intentos, aprobar la posibilidad de desinscribir, lo que supone que el sistema está herido de muerte¹²¹.

Robert R. Torrens nunca quiso la voluntariedad en la inscripción, y menos todavía la posibilidad de sacar las fincas del Registro o desinmatricularlas, porque ello era dejar la supervivencia del sistema en manos de los abogados, como así ha sucedido en Nueva York y en las demás jurisdicciones en las que las normas lo han posibilitado.

V. LA OPOSICIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE UN REGISTRO. LOS AMIGOS DE LO OSCURO Y LOS QUE VIVEN DEL NEGOCIO DE LA CONFUSIÓN.

Sucede casi siempre que el establecimiento de un sistema registral, y en especial de un sistema de efectos fuertes, dé lugar a una importante oposición, ge-

neralmente de aquellos que verán sus ingresos reducidos (independientemente de la razón de sus argumentos). En el caso de los Estados Unidos se opusieron: las compañías de seguros de títulos, que desde el último tercio del siglo XIX comenzaron a comercializar sus productos; las personas que realizaban la investigación de títulos (*abstractors*); así como los abogados (*attorneys* o *conveyancers*) que intervenían en la contratación¹²².

En este aspecto el caso americano no es nada original. En cambio, sí lo fue por lograr imponerse los intereses de los privados a las decisiones del poder público, de manera que consiguieron derogar las leyes, hacerlas inaplicables y, en las leyes que funcionaban, dar la posibilidad de sacar las fincas del sistema o desinmatricularlas. Un ejemplo más de que un grupo organizado es capaz de imponer sus criterios a un grupo mayor de intereses difusos (lógica de la acción colectiva). Por ello, y los ejemplos que nos da la historia son una buena prueba, hay que tener presente que, aunque el sistema de *registration* sea superior al *recording*, no se impone por sí mismo. Hay que defenderlo continuamente, como muy bien saben muchos de los responsables de los registros.

También en Inglaterra y Gales la implantación del Registro contó con la oposición de los *solicitors* y de la aristocracia terrateniente. La oposición de los *solicitors* se organizó alrededor de la *Law Society* y adoptó distintas formas; unas veces la oposición fue frontal (Rubinstein); otras indirectas, pretendiendo simplificar los documentos como alternativa a la implantación del Registro (Wolstenholme y Cherry) y, en el momento final, cuando la adopción y extensión del registro parecía inminente, propugnaron el registro de documentos (*Deeds Registry*)¹²³.

Así, el profesor Wolstenholme, que en 1880 redactaba los proyectos de ley y asesoraba en el Ministerio de Justicia en materia de derechos reales y registro de la propiedad, era al mismo tiempo la persona que estaba a sueldo de *solicitors* y defendía los intereses de estos. Este mismo esquema vuelve a repetirse en el período 1920 a 1925 en la persona de Cherry. En Nueva York sucede lo mismo, el profesor Alfred Reeves, que presidía el comité Torrens y redactó la reforma de ley registral de 1908 en Nueva York, trabajaba para las compañías de seguros, como se descubrió más tarde, el resultado ya se lo pueden imaginar: un monstruo inaplicable¹²⁴.

En Francia, como puede verse en un manual clásico como el Mazeaud, la nobleza y los notarios, que temían perder su monopolio en la contratación, se opusieron al establecimiento del Registro en la época de Colbert¹²⁵. Posteriormente, ante los intentos de establecer *le Livre Foncier*, según evoca Guillaouard en el Libro del Centenario del Código Civil, se opusieron «todos los que viven de la oscuridad de nuestro sistema hipotecario y que son legión»¹²⁶. En la misma línea, Flour de Saint Genis menciona la resistencia tenaz de «los que viven de la falta

de simplicidad de nuestras leyes»¹²⁷ y Guillouard los califica de «irreductibles» a los que no habrá manera de convencer¹²⁸. En Italia también se opusieron a un cambio hacia el sistema tabular alegando que este era contrario a las costumbres del pueblo italiano, como nos recuerda Gazzoni¹²⁹.

Sin embargo, una de las mayores oposiciones al establecimiento de un sistema registral fue la que tuvo que sufrir el mismo Robert R. Torrens en Australia del Sur¹³⁰. La oposición fue triple: abogados especializados en transacciones inmobiliarias, el gobierno de la Colonia y los jueces encargados de aplicar la nueva norma registral. Torrens tuvo la habilidad de convertir la necesidad de un sistema registral en un asunto que discutir en la prensa, que fue bautizado como *the people question*, y después se presentó a unas elecciones y su programa electoral consistió en la implantación del sistema registral. La oposición de los abogados, que vivían de la complejidad y oscuridad del sistema antiguo, nunca acabó, pues tras la aprobación de la *Real Property Act* intentaron que la norma fuese vetada por las autoridades británicas. Fue tal la oposición de esta clase, que Torrens rompió el monopolio de la contratación del que disfrutaban los *solicitors* y creó una nueva clase de *brokers* no juristas que con la denominación de *Land Brokers* podían formalizar operaciones inmobiliarias¹³¹. La oposición judicial fue muy intensa tras la entrada en vigor de la Ley. El máximo exponente de dicha oposición fue el juez Boothby de la Corte Suprema, que consideraba que no podía haber un título inatacable y, por tanto, la ley era inválida por contravenir la legislación inglesa. El episodio finalizó con la destitución del juez, único caso en la historia judicial de Australia.

CONSIDERACIONES FINALES

I. Los Registros de la Propiedad se adaptan muy bien al cambio tecnológico porque están diseñados como «aparatos» preparados para operar con las nuevas tecnologías debido a sus principios de tracto o encadenamiento, eliminación de derechos contradictorios y no necesidad de investigaciones retrospectivas, basta una consulta tabular. No es casualidad que la *Law Reform Commission* de Ontario optase en los años 70 por el sistema Torrens (*land title system* en su terminología) frente al sistema del registro de documentos (*registry of deeds/ registry system*) no solo por su superioridad teórica y práctica sino también por adaptarse mejor al cambio tecnológico¹³².

II. Lo importante es crear títulos fuertes y esto depende del número de excepciones que pueden oponerse contra ellos. No se trata de registrar en un día o en una hora¹³³ pues, repito, la fortaleza del asiento depende del rigor del procedimiento y tarde o temprano se pondrá a prueba ante los tribunales, verdadero test

de los efectos y fuerza de un asiento registral. Por eso, los asientos registrales valen en la medida que valen ante los tribunales.

III. Tan importante como el diseño del sistema es la organización del mismo. La necesaria inversión en capital humano, los incentivos adecuados para fidelizar el talento y la necesidad de dotarlo de un estatus que lo haga inmune a la influencia y cambios políticos. En otras palabras, que sean poderes públicos neutrales que gocen de estabilidad en el desempeño de la función y no sean removidos a voluntad del político de turno o por «necesidades institucionales» sin que este concepto indeterminado sirva de excusa para no motivar decisiones. En definitiva, que se encomiende a funcionarios y no a comisarios.

IV. El hecho de que en los EE. UU. hayan fracasado los sistemas de registro Torrens no significa que no haya seguridad jurídica. El problema es ¿a qué coste se obtiene la seguridad? El sistema del registro Torrens es superior al *recording* no porque los costes explícitos sean inferiores, materia que es objeto de continua discusión, sino por el ahorro de los gastos que evita en que incurra el titular, los costes implícitos. Ahora bien, medir solo costes no permite comprender la totalidad de las instituciones, se trata simplemente de una historia contada a medias. Una de las grandes ventajas de un sistema de *registration* es que depura los derechos¹³⁴. En los Estados Unidos se ha estudiado, fundamentalmente por parte de economistas, el coste de un sistema y otro en aquellos estados en los que ambos sistemas estaban operativos. La conclusión alcanzada a finales de los años setenta fue que el sistema Torrens ahorra alrededor de 100\$ por cada transmisión de propiedad¹³⁵. Otro importante grupo de académicos señaló que registrar la propiedad en el sistema Torrens incrementaba el valor de los inmuebles en relación con el sistema de *recording*¹³⁶.

No elegir adecuadamente el sistema registral tiene un coste social y este coste lo pagan los ciudadanos¹³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. (1997). *Istituzioni di Diritto Privato*. 2.ª edición. UTET, Turín.
- ARRUÑADA, B. (2007). Pitfalls to avoid when Measuring Institutions: Is Doing Business damaging Business? *Journal of Comparative Economics*, 35(4), 727-47.
- ARRUÑADA, B. (2008). How Doing Business Jeopardizes Institutional Reform. *European Business Organization Law Review* 10 (4), 555-74.
- ARRUÑADA, B. (2012). *Institutional Foundations of Impersonal Exchange*. Chicago-Londres: The University of Chicago Press.
- ARRUÑADA, B. (2021). En la muerte del Doing Business. 19 de septiembre de 2021 www.vozpopuli.com
- BADE, E.S. (1939). Book Reviews. *Minnesota Law Review*. 23, núm 6, 874-876
- BAKKER, W.P. (1937) *The Torrens Law. An Argument for it*. Nueva York.

- BARNETT, W.E. (1967-68). Marketable Title Acts-panacea or pandemónium?. *Cornell Law Review*, 53 (45), 45-97
- BARASSI, L. (1952). *Diritti Reali e Possesso*. Tomo I. Milán: Guiffré Editore.
- BARZEL, Y. A. (2002). *Theory of the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BASSI, M. (2013) *Manuale di diritto tavolare*. Milán: Giuffré Editore.
- BAUR, F. y J. y STÜRNER, R.(2009). *Sachenrecht*. 18 Auflage, Verlag C.H.Beck, München.
- BEALE, J.H. (1907). The Origin of the System of Recording Deeds in America. *Green Bag*, 19, 335-339.
- BENTHAM, J. (1843). Outline of a Plan of a General Register of Real Property. En John Bowring (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*. Volumen 5. Edinburgo: William Tait.
- BESSON, E. (1891). *Les Livres Fonciers et la Reforme Hypothécaire*. Paris : J. Delamotte, éditeur.
- BORDWELL, P. (1940). The Resurrection of Registration of Title. *University of Chicago Law Review* 7, núm 3, 470-488.
- BOSTICK, C.D. (1987). Land Title Registration: An English Solution to an American Problem. *Indiana Law Journal*, Vol. 63 (55), 55 a 111.
- BRICKDALE, CH.F.: *Registration of Title to Land*. Edward Stanford, Londres 1886.
- BRUNNER, O.(1973). *Land und Herrschaft*.Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Reproducción de la 5.ª edición de 1965).
- BUCHHOLZ, S. (1976). *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*. Frankfurt: Vitorio Klostermann.
- BUCKLAND, W.W. y McNAIR, A.D. (1965) *Roman Law and Common Law*. 2.ª edición, Cambridge: Cambridge University Press.
- BUSCHER, G. *A brief history of the Land Court*. www.mass.gov (consultado el 22 de enero de 2023)
- BURKE, B.Jr. (1978). *American Conveyancing Patterns*. Massachusetts-Toronto:Lexington Books.
- COLQUHOUN DILL, T.R. (1893). *Transfer of Land by Registration of Title*. Londres: Cassell & Company, Limited.
- COMMENTS. (1975).Yes Virginia-There is a Torrens Act. *University of Richmond Law Review* 9, n.º 2, 301-322.
- COOTER, R. y ULEN, T. (2008). *Law & Economics*. 5.ª edición. Boston: Pearson Addison Wesley.
- CUCCARO, M. (2010). *Lineamenti di diritto tavolare*. Milán: Giuffré Editore.
- DE AZCARATE, G. (1833). *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- DICASTRI, V. (1962). *Thom's Canadian Torrens System*. 2.ª edición. Calgary-Alberta:- Burroughs & Company Limited.
- EASTERLY, W. (2013). *The Tyranny of the Experts*. Nueva York:Basic Books.
- EATON, J.W. & EATON, D. J. (2007). *The American Title Insurance Industry*. Nueva York-Londres: New York University Press.
- EPSTEIN, E.F. y NIEMANN, B.J. Jr. (2014). *Modernizing American Land Records. Order Upon Chaos*. California: Esri Press.

- FAIRCHILD, W. y SPRINGER, W.(1939). A criticism of Professor Richard R. Powell's Book entitled «Registration of Title to Land in the State of New York. *Cornell Law Quarterly* 24 (4), 557-577.
- FARBER, D.A., ESKRIDGE, W.N.Jr, FRICKEY, Ph.P., SCHACTER, J.S.(2013). *Cases and Materials on Constitutional Law. Themes for the Constitution's Third Century*. 5.ª edición. Saint Paul (Minnesota): West Academic Publishing.
- FEDERAL FARM LOAN BUREAU. (1918). *Land Title Registration by Certificate*. Washington: Government Printing Office.
- FERGUSON, CH. (2012) *Inside Job*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- FIFLIS, T.J. (1966). Land Transfer Improvement: The Basic Facts and two Hypothesis for Reform. *Colorado Law Review*, 38, 431-475.
- FLOUR DE SAINT-GENIS, M. (1892). *Rapport sur le mode d'organisation des bureaux d'hypothèques*. Congrès International de la Propriété Foncière. Paris: Agustin Chalmel Éditeur.
- FORTESCUE-BRICKDALE, CH. (1914). *Methods of Land Transfer*. Londres: Stevens and Sons, Limited.
- FUKUYAMA, F. (2004) *State Building*. Londres: Profile Books.
- FUNAIOLI, C.A. (1950). La c. d. proprietà relativa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, fascículos 7 y 8, 287-304
- GAZZONI, F. (1998). *La Trascrizione Immobiliare*. Tomo I. Milán: Giuffrè.
- GEITHNER, T. (2009). Herald Tribune, Friday, March, 27, 2009. Written Testimony House Financial Services Committee Hearing. Consultado en home.treasury.gov el día 17 de enero de 2023.
- GINTY, J. (1908) *The Torrens Land Act from the Standpoint of a Banker*. Pasadena: Fourteenth Convention California Bankers' Association.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931) *Principios Hipotecarios*. Madrid: Imprenta Saez Hermanos.
- GRAY, K. y GRAY, S.F. (2009). *Elements of Land Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GRETTON G.L. y STEVEN A.J.M. (2013). *Property Trust and Sucesion*, 2.ª edición. West Sussex: Bloomsbury Professional.
- GUILLOUARD, L. (1904). La Revision du Régime hypothécaire établi par le Code civil. En La Société d'Études Législatives. *Le Code Civil 1804-1904. Livre du Centenaire*. Tomo I. Paris: Athur Rousseau. (Reimpresión (2004). Paris :Dalloz (pp.415-439))
- GUYOT CAMERON, A. (1915). *The Torrens System. Its simplicity, serviceability and success*. Boston-Nueva York: Houghton Mifflin Company.
- HASKINS, G. L. (1941). The beginnings of the recording system in Massachusetts. *Boston University Law Review* (21) 281-304.
- HAYEK, F. A. (2006) *Derecho legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- HEINRICH, E. L. (1955). The Case for Land Registration. *Mercier Law Review*, Vol 6, N.º 2, 320-340.
- HOPPER, J. (1917). *A Sketch of the Torrens System of Land Title Registration and its application in other countries and especially in the State of Ney York*. Brooklyn: Brooklyn Eagle Press.

- JANCZYK, J.T. (1977). *An Economic Analysis of the Land Systems for Transferring Real Property*. Journal of Legal Studies. 6, 213-233
- JENKINS, G.R. (1915) *Transfer of Real Property*. Chicago: La Salle Extension University.
- KAHNEMAN, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Madrid: Editorial Debate.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA (1989). Tomo I, volumen I, Madrid: Editorial Castalia.
- MAPP, Th.W. (1978/79). *Torrens' elusive title*. Alberta Law Review Book Series, Volume I, Edmonton: Alberta Law Review.
- MASHAW, J.L., MERRILL, R.A., SHANE, P.M., MAGILL, M.E., CUÉLLAR, M-F.& PARRILLO, N.R.: *Administrative Law*. (2014). *The American Public Law System. Cases and Materials*. 7.ª edición. St Paul Minnesota: West Academic Publishing.
- MASSIE, E.C. (1916). *The Torrens System a Manual of the Land Registration Act in Virginia*. Richmond-Virginia: Everett Waddey Co. Richmond.
- MASSIE, E.C. (1917). Perfection of the Torrens System. *Virginia Law Review*, Vol 2, n.º 10, 750-771.
- MCCORMACK, J.L. (1992). Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age. *William Mitchell Law Review*, Vol 18 (61), 61-129
- MCDUGAL, M.S. y BRABNER-SMITH, J.W. (1939). Land Title Transfer: a regression. *The Yale Law Journal*, Vol 48, núm 7, mayo, 1125-1151.
- MCDUGAL, M. (1940). "Title Registration and Land Law Reform: A Reply", University of Chicago Law Review, 63, núm 1, diciembre, 63-77.
- McKENNA, E. L.(1925). *Statute Insurance of Land Titles in the United States*. Philadelphia: University of Pennsylvania.
- MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. y CHABAS, F.L (1999). *Leçons de Droit Civil*. Tomo III, Volumen I, 7.ª edición por Yves Picod. París: Montchrestien.
- MEGARRY, R. & WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. 8.ª edición adaptada por Charles Harpum, Stuart Bridge, Martin Dixon. Londres: Sweet & Maxwell.
- MARTINEZ ESCRIBANO, C. (2009). La protección de los derechos reales en Estados Unidos: el seguro de títulos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 403-428.
- MERRILL, Th. W. y SMITH, H. (2010). *Property*. Nueva York-Oxford: Oxford University Press.
- MICELI, Th. J. (2009). *The Economic Approach to Law*. 2.ª edición. Stanford: Stanford Economics and Finance.
- MICELI, T.J. SIRMANS, C.F. MUNNEKE, H.J. y TURNBULL, G.K. (2002). Title Systems and Land Values. *Journal of Law and Economics*, vol. XLV, octubre, 565-582.
- MORELL Y TERRY, J. (1917) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo II. Barcelona: Librería Agustín Bosch.
- MORO SERRANO, A. (1976). *Los sistemas registrales en los Estados Unidos*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- MOSCHELLA, R. (1973). *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*. Milán: Giuffrè Editore.

- NIBLACK, W.C. (1903). *The Torrens System. Its Cost and Complexity*. Chicago: Callaghan & Company.
- NIBLACK, W.C. (1914-1915). Pivotal Points in the Torrens System. *Yale Law Journal* 24, n.º 2, 274-285.
- NICOLO, R. (1973) *La Trascrizione*. Tomo III. Milán: Giuffrè Editore.
- NISSENSON, S.G. (1939). The Development of a Land Registration System in New York. *New York History*, 1, enero, 16-42 y abril, 161-188.
- NOGUEROLES, N. y MARTINEZ, E.J. (2017). Blockchain and Land Registration Systems. *European Property Law Journal*, Volumen 6, núm. 3, 296-320.
- NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2009). La intervención pública en gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad. *Teoría & Derecho*, Tirant lo Blanch N.º 5, junio, 39-65.
- NOGUEROLES PEIRÓ, N. (2011). *Estudio introductorio*. En TORRENS, R.R. *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*. Cizur-Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 17-84.
- O'BRIEN, D.P. (1989). *Los economistas clásicos*. Madrid: Alianza Editorial.
- OFFER, A. (1981) *Property and Politics 1870-1914*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OFFER, A. (1977) The Origins of the Law of Property Acts 1910-25. *The Modern Law Review*, Volumen 40, Septiembre, núm. 505-522.
- OLIVER Y ESTELLER, B. (1982). *Derecho Inmobiliario Español*. Tomo I, Madrid: Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneira.
- OLMSTEAD, D.H. (1902). *Reforms in Land Transfer*. Nueva York: Burr Printing House.
- ONTARIO LAW REFORM COMMISSION. (1971) *Report on Land Registration*. Ontario: Department of Justice.
- PARDO NUÑEZ, C.R. (1993). Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 69, número 614, 111-164
- PARDO NUÑEZ, C. (1995). La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el derecho comparado. En *Libro Homenaje a José María Chico*. Madrid: Marcial-Pons, 711-736.
- PLANIOL, M. (1890). *Les appropriations par bannies*. Paris-Rennes: L. Larose el Forcel/Hyacinthe Caillière.
- POSNER, R.A. (2010). *The Crisis of Capitalist Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- POTTAGE, A. (1995). The originality of Registration. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 15, num. 3, 371-401.
- POWELL, R. (1938). *Registration of the Title to Land in the State of New York*. Nueva York: Law Society and Carnegie Corporation.
- REEVES, A. (1908). Progress in Land Title Transfers. *Columbia Law Review*(6), 438-451.
- REID, K.G.C. y GRETTON, G.L. (2017). *Land Registration*. Edimburgo: Avizandum-Publishing Ltd.

- REPORT OF THE COMMITTEE ON THE TORRENS SYSTEM AND REGISTRATION OF TITLE TO THE TWENTY-FOURTH ANNUAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON THE UNIFORM STATE LAWS. Washington 1914.
- RISK, R.C.B. (1971). The Records of Title to Land: A Plea for Reform. *University of Toronto Law Journal* 21 (4), 465-497.
- RODRIGUEZ OTERO, L. (2011). “*La feliz frase de el registrador como fiscal de los terceros ausentes*” www.notariosyregistradores.org 1 de julio de 2011 y posteriormente (2012). “*Nota sobre la feliz frase del registrador como frase del registrador como fiscal de los terceros ausentes*” 8 de octubre de 2012
- ROOD, J.R. (1913-14). Registration of Land Titles. *Michigan Law Review*, Vol 12, núm. 379, 379-393.
- ROTUNDA, R.D. y NOWAK, J.E. (1992). *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*. Vol. 2, 2.ª edición. St Paul-Minnesota: West Publishing.
- ROUBINI, N. y MIHM, S. (2010). *Cómo salimos de ésta*. Barcelona: Ediciones Destino.
- RUOFF, TH.B.F.(1957). *An Englishman Looks at the Torrens System*. Sidney: The Law Book Co. of Australasia Pty Ltd.
- RUOFF, TH. B.F. y ROPER, R.B. (1972). *The Law and practice of Registered Conveyancing*. 3.ª edición. Londres: Stevens & Sons.
- SANDS, A. (2016). The Commonwealth of Massachusetts Experience with Land Registration, 1898 to Present. En *20th World Land Registration Congress, Dubai 2016*. (2017) Valencia: Tirant lo Blanc. 705-721
- SANDULLI, A.M. (1964). *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*. Rivista di Diritto Processuale. Vol. XIX, 200-216.
- SANZ, A. (1947) *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Tomo I. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- SHELDON, TH. (1901). *Land Registration in Illinois*. Chicago: Callaghan & Company.
- SHICK, B.C. y PLOTKIN, I.H. (1978) *Torrens in the United States*. Lexington Books, Massachusetts-Toronto
- SIMSON, A.W.B. (1986). *History of Land Law*. 2.ª edición, Oxford: Clarendon Press.
- SCHWARTZ, B. (1988). *Administrative Law. A Casebook*. 3.ª edición. Boston-Toronto: Little, Brown and Company.
- SZYP SZAK, C. (2003). Public Registries and Private Solutions: An Evolving American Real Estate Conveyance Regime. *Whittier Law Review*, 24, n.º 3, 663-706.
- STEIN, R.T.J. y STONE, M.A. (1991) *Torrens Title*. Sidney: Butterworths.
- STUART ANDERSON, J. (1992). *Lawyers and the making of the English Land Law 1832-1940*. Oxford: Clarendon Press Oxford.
- TORRENS, R.R. (1859). *The South Australian System of Conveyancing by Registration of Title*. Adelaida: The Register and Observer General Printing Offices.
- TORRENS, R.R. (1882). *An Essay on the Transfer of Land by Registration*. Londres-Melbourne: Cassell and Company Limited.
- TRIBE, L.H. (2004) *American Constitutional Law*. Vol.1, 5.ª edición, Nueva York: Foundation Press.
- UNITED STATES CONGRESS HOUSE OF REPRESENTATIVES COMMITTEE ON FINANCIAL SERVICES, SUBCOMMITTEE ON HOUSING AND COMMUNITY

- OPPORTUNITY. (2006). *Title Insurance Cost and Competition*. Washington: Printed for the use of the Committee on Financial Service.
- VIELE, D. (1917). *The New York Torrens System and how to use it*. Nueva York: Real Estate Board of New York.
- WAHLAN, D.G. (1982). *The Torrens System in Australia*. Sidney: The Law Book Company Limited.
- WALSH, W.F. (1939) Book Reviews, *New York University Law Quarterly Review*, 16, n.º 3, 510-513.
- YEAKLE, M.M. (1894). *Torrens System of Registration and Transfer*. Chicago: The Torrens Press.
- YOUNG, J. (1994). Why did the Torrens System Succeed in Australia yet Fail in North America? *Australian Property Law Journal*, Vol. 2, N.º 3, 225-230.
- YZENBAARD, C. A. (1977). "The Consumer's Need for Title Registration". *Northern Kentucky Law Review*. Vol 4, núm 2, 253-282
- ZIFF, B. (2014). *Principles of Property Law*. 6a. edición. Toronto: Carswell.

NOTAS

* Este texto es fruto del proyecto PID2020-115660GB.I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación, y fue la conferencia de apertura del XXII Congreso Internacional de Derecho Registral IPRA-CINDER celebrado en Oporto del 16 al 18 de mayo de 2022. Agradezco a María José Magalhaes, Luisa Clode, Madalena Teixeira, María del Carmen Miquel, Eduardo J. Martínez (Vicesecretario General IPRA-CINDER) y Alfonso Candau (Secretario General IPRA-CINDER) por haberme concedido el honor de intervenir en dicho acto. A Víctor Ferreres y Pedro J. Tenorio por su inestimable colaboración materia de Derecho Constitucional americano. Merece un especial agradecimiento Celestino Pardo que ha compartido conmigo sus extensos conocimientos a lo largo de innumerables conversaciones.

** Este texto debió formar parte del libro homenaje a Sergio Jacomino y solo a mí es imputable que no lo hiciera. Sirva de agradecimiento a la amistad con la que Sergio me ha honrado durante más de veinte años, de reconocimiento a su extraordinaria inteligencia y al inconmensurable trabajo realizado para mejorar los Registros de la Propiedad tanto en Brasil cuanto en el ámbito internacional.

¹ MAPP, 1978/79, 3.

² Hay normas registrales en las colonias desde 1626 en Virginia, 1636 en Plymouth, 1638 Rhode Island, 1639 en Connecticut y desde 1640 en Massachusetts, cuya ordenanza fue considerada el modelo de legislación sobre esta materia. En BEALE, 1907, 339 y ss. HASKINS, 1941, 288 y ss.

³ Los sistemas de *recording* o *recordation* se clasifican en los Estados Unidos en tres grandes categorías: a) *race statutes*; b) *notice statutes*; c) *race-notice statutes*. Una exposición sintética puede verse en MERRILL y SMITH, 2010, 166-168. En la literatura en español: MORO SERRANO, 1986, 57-60 y MARTINEZ ESCRIBANO, 2009, 404.

⁴ La Ley Torrens fue aprobada en referéndum popular en el condado de Cook el 5 de noviembre de 1895 por 82.507 votos a favor y 5.308 en contra. No hay que olvidar que Chicago había sufrido el Gran Incendio de 1872 que destruyó la mayoría de los *records*, los archivos registrales y los únicos que se conservaron fueron los de la Chicago Title Insurance Company. En GUYOT CAMERON, 1915, 17. Sin embargo, los enemigos del establecimiento del sistema Torrens consiguieron introducir, tanto en esta primera Ley Torrens como en la segunda de 1897, una disposición según la cual la norma no entraría en vigor si no era aprobada en consulta popular por los habitantes de los condados. La petición en el condado de Cook para celebrar el referéndum debía ser suscrita por 2500 personas, lo que permitió con cierta facilidad su celebración y la posterior adopción del sistema. En cambio, en los demás condados la petición de consulta popular debía ser firmada por la mitad de los electores y, por ello, nunca se celebró un referéndum en ninguno de ellos excepto en el condado de DuPage (ubicado al oeste de Chicago). En este último se celebró la votación el 3 de noviembre de 1936 y tras una importante campaña antirregistral financiada por las compañías de seguros de títulos, la Ley Torrens no consiguió entrar en vigor. En POWELL, 1938, 129.

⁵ Illinois (1895), Ohio (1896), California (1897), Massachusetts (1898), Minnesota (1901), Oregón (1901), Colorado (1903), Washington (1907), Nueva York (1908), Carolina del Norte (1913), Misisipi (1914), Nebraska (1915), Virginia (1916), Georgia (1917), Dakota del Norte (1917), Dakota del Sur (1917), Tennessee (1917), Utah (1917). A los anteriores diecinueve Estados hay que añadir las Islas Filipinas (1902) y Hawái (1903).

⁶ FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 37 y ss.

⁷ POWELL, 1938, 74 y 75.

⁸ FAIRCHILD, W. y SPRINGER, 1939, 557-577. También puso de manifiesto los errores en los datos recogidos por Powell, en especial los referentes a Minnesota, el profesor Edward S. Bade. Las estadísticas presentadas por Powell no se adecuaban a los hechos y los costes que presentaba sobre la *initial registration* en relación con el *title insurance* no servían para Minnesota. No eran correctos ni el tiempo de examen ni tenía en cuenta el valor de las propiedades. Había costes que dejaba de computar cuando se trataba de analizar el *recording*. En opinión de Bade las conclusiones de Powell no eran definitivas y defendió el sistema Torrens de Minnesota BADE, 1939, 874-876. El profesor William F. Walsh en su comentario de la obra de Powell, sin entrar a discutir los datos de este, entendió que el sistema de *recording* era inadecuado para las modernas necesidades, abogó por introducir modificaciones en el mismo y estudiar la posibilidad de un *title system* obligatorio sin incrementar costes, pero manteniendo el derecho sustantivo. WALSH, 1938-39, 510-513.

⁹ McDOUGAL y BRABNER-SMITH, 1939, 1151. En respuesta a los críticos de Powell intervino el profesor de Iowa Percy Bordwell. Este autor era partidario de introducir como reformas: un *official index* en el sistema del *recording* y regular ampliamente una acción *to quiet de the title* antes que adoptar el sistema Torrens, al que califica de revolucionario. BORDWELL, 1940, 488. La réplica a Bordwell, en la misma revista, corrió a cargo de Myres McDougal, quien señaló que un sistema voluntario, con un alto coste para la *initial registration* (porque debía llevarse a cabo un juicio) y sin normas adecuadas para regular la transición de un sistema a otro, no podía a ser apreciado por los ciudadanos ni evitar la oposición de los abogados. No hay razón para no construir un sistema en el que la *initial registration* no fuese menos costosa, la inscripción voluntaria fuese subsidiada o se impusiere una inscripción obligatoria. Expone como el registro contribuye a hacer líquidos los activos inmobiliarios y a la clarificación de los títulos. Afirma que registrar y reunir información sobre los títulos de propiedad es una función pública y que no es lógico que se haga tan mal para que tenga que prestarse por los privados. McDOUGAL, 1940, 68-77.

¹⁰ YEAKLE, 1894.

¹¹ MASSIE, 1916. Este autor entabló una polémica con William Niblack sobre la viabilidad de un sistema Torrens americano. Eugene Massie defendió la superioridad del sistema Torrens americano sobre el australiano por tener el *primero* carácter judicial y abogó por la Ley Uniforme de Registro (*Uniform Land Registration Act*). MASSIE, 1917, 751 y 771.

¹² GUYOT CAMERON, 1915.

¹³ NIBLACK, 1903. En 1915 insistió de nuevo en que el sistema Torrens no era necesario en los Estados Unidos y que sus certificados de propiedad inatacables resultaban contrarios al *due process of law*. NIBLACK, 1914-15, 285. No hay que olvidar que Niblack era vicepresidente de la Chicago Title and Trust Company con copias de títulos y *abstracts* en su haber que alcanzaron un gran valor tras el gran incendio de Chicago de 1871, en el que se quemaron los archivos públicos de títulos de propiedad y solo quedaron los privados. Este artículo fue contestado por Eugene Massie como se indica en la nota 11.

¹⁴ OLMSTEAD, 1902.

¹⁵ FIFLIS, 1966, 431-475. Este autor señala una serie de razones por las que considera que el sistema Torrens podría servir nuevamente en los Estados Unidos: 1) En los años 30 se inspiraron en un único modelo de la Ley Torrens. 2) El libro del profesor Powell publicado en 1938 no podía ser determinante para la exclusión del modelo Torrens por dos motivos, a) porque los datos que manejaba eran incompletos y erróneos; b) porque ese mismo profesor propuso en los años 60 el modelo de registro, aunque inspirado en la variante inglesa que admitía los títulos posesorios. 3) Hay que tener en cuenta la experiencia inglesa y las reformas de su

legislación, en especial lo referente a la primera inscripción (*first/ initial registration*). 4) Los problemas de constitucionalidad de los años 30 habían desaparecido y las normas registrales superarían el test de constitucionalidad. 5) Los adelantos tecnológicos, en especial la topografía aérea, facilitaban la elaboración de mapas a menor coste y con mayor rapidez. 6) el interés mostrado por la Bar Association en la mejora del sistema de contratación, cuyos intereses no podían identificarse con los de las compañías de seguros de títulos ni con los *abstractors* o «examinadores privados de títulos».

¹⁶ BARNETT, 1967-68, 92-94. Este autor considera increíble que el sistema Torrens funcione bastante bien en todo el mundo y que no pueda ser adaptado de manera satisfactoria en los Estados Unidos.

¹⁷ BURKE, 1978.

¹⁸ SHICK y PLOTKIN, 1978.

¹⁹ En opinión de Bostick cualquier profesional de las transacciones inmobiliarias conoce lo altos que son en Estados Unidos los *closing costs* derivados de la investigación y seguro de títulos y califica la práctica inmobiliaria en todas las jurisdicciones americanas de antieconómica, irrazonablemente cara, arcaica, llena de duplicidades y, lo peor de todo, no logra dar certidumbre al dominio. Por eso, propone Bostick que las líneas generales del sistema registral inglés constituyan la base para reformar el sistema americano. BOSTICK, 1987, 55-111.

²⁰ McCORMACK, 1992, 61-129. Este trabajo muestra el desconocimiento de los sistemas registrales fuera de los Estados Unidos. Así pone como ejemplo de fracaso del sistema Torrens a España y otros países latinoamericanos (p. 63).

²¹ EPSTEIN y NIEMANN, 2014. Hay una corriente que propone mejorar el sistema de *recording* y complementarlo con el seguro de títulos como alternativa al sistema Torrens. Esta es la posición defendida por Szypszak que llega a escribir, primero, que la póliza del seguro de título es análoga al certificado Torrens y, después, la identifica con el mismo, SZYPSZAK, 2003, 691-692. Se olvida con frecuencia la admonición de un juez de la Land Court de Massachusetts a las compañías de seguros en la que les recordaba que “solo él concedía título”.

²² En el ámbito de los países del Common Law puede verse una enumeración de problemas en la obra de MAPP, 1978/79, 41. Una síntesis de los problemas que tratan de resolver los sistemas registrales distinguiendo entre los registros de derechos y los registros de documentos está recogido en NOGUEROLES y MARTINEZ, 2017, 297.

²³ BRICKDALE, 1886, 7. Señala este autor las diferencias que hay para acreditar la titularidad según los distintos sistemas. Este proceso recibe el nombre de *proof of title*.

²⁴ KAHNEMAN, 2012, 35.

²⁵ La actitud y los comportamientos de los que viven del viejo sistema fue puesto de manifiesto por la doctrina desde los primeros momentos. Así el trabajo de ROOD, 1913-1914 contiene en la p. 380 y ss. una descripción de las tácticas seguidas por los que se oponen al establecimiento de un sistema de registro. Años después, en la misma línea insisten los autores que la oposición no viene tanto de la clase jurídica cuanto de la *title industry* compuesta por: 1) los abogados que investigan título, y emiten opiniones o certificaciones; 2) los *abstractors* y 3) las compañías de seguros de títulos. Todos ellos consideran que no tienen mercado más allá del sistema de *recording*. En YZENBAARD, 1977, 380.

²⁶ Resulta de interés la obra del profesor Easterly, que analiza el papel de los expertos que menosprecian la historia de los países, consideran que las soluciones son simplemente tecnológicas y olvidan los derechos de los ciudadanos de los países para imponer soluciones externas. En EASTERLY, 2013, 10 y ss.

²⁷ Caso *Tyler v. Judges*, 175 Mass. 71 JAN. 3, 1900 que fue planteado ante la Corte Suprema de Massachusetts, siendo su presidente el conocido juez Holmes, y después en apelación ante el Tribunal Supremo Federal (*Tyler vs. Judges*, 179 U.S. 405.) El Tribunal Supremo Federal entendió que el demandante carecía de interés para plantear una inconstitucionalidad por privar a las personas de su derecho de propiedad sin respetar el *due process of law* porque tenía *actual notice*. El Tribunal no entró en el fondo. Aunque no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo Federal en la que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de las Leyes Torrens, hay casos que se aplican por analogía para sustentar la constitucionalidad. Uno de estos casos el *American Land Company vs. Zeis* 219, U. S. 44. Dec. 19, 1910, relativo a las notificaciones y la *conclusivness* del título frente a todo el mundo. El otro caso más citado es el *Mountain Timber Company vs. State of Washington* 243, U.S. 219. sobre la constitucionalidad de las aportaciones al fondo de seguro. McKENNA, 1925, 26-39

²⁸ Las discusiones en Australia sobre la naturaleza de la función registral fueron zanjadas por el Privy Council en 1905: *A registrar acts judicially in his limited sphere of registering titles, and that his certificate is conclusive*. En GUYOT CAMERON, 1915, 65.

²⁹ *People vs Chase*, 156 ILL.527; 36 L.R.A. 105, Nov 9, 1896. La impugnación se centró en que se concedieron funciones judiciales al *recorder*, ahora convertido en *registrar of titles* y ello fue suficiente para declarar inconstitucional la norma. SHELDON, 1901, 78.

³⁰ *State vs Guilbert*, 56 OHIO ST. 575; 38 L.R.A. 519. June 22, 1897. Esta norma fue impugnada por diversos motivos: a) porque no respetaba el *due process of law*; b) porque permitía expropiar la propiedad privada sin el consentimiento del dueño; c) porque concedía poderes judiciales al *recorder*; d) porque era una ley general que no operaba de manera uniforme en todo el Estado y e) porque disminuía el valor de la obligación contractual. El tribunal no entró a tratar los apartados d) y e), pero la norma fue declarada inconstitucional.

³¹ Esta ley fue nuevamente impugnada: a) por atribuir poderes judiciales al registrador; b) por permitir la expropiación de la propiedad sin seguir el *due process of law*; c) porque solo entraba en vigor en los condados que hubiesen votado en favor de la norma y d) porque no era una ley general sino especial. Todas estas objeciones fueron rechazadas y la norma declarada constitucional en *People vs. Simon*, 176 ILL. 165; 44 L.R. A. 801. Oct. 24, 1898.

³² Se reformó la Constitución y desde entonces el registrador no es un funcionario administrativo (*ministerial officer*) sino judicial (*judicial officer*). En GUYOT CAMERON, 1915, 67.

³³ Especial interés tiene la resolución de la Corte Suprema de Massachusetts en el caso *Tyler vs. Judges*, 175 Mass. 71. Jan. 3, 1900 porque el ponente fue el conocido juez Holmes, en aquel momento *Chief Justice* en el mencionado tribunal de Massachusetts. La sentencia sale al paso de las tradicionales objeciones de no respetar el *due process of law*, la función judicial del *recorder* y no haber notificaciones antes de registrar una vez la finca estaba inmatriculada. La sentencia declara la constitucionalidad de la norma y afirma que a nadie le puede afectar (lo registrado) definitivamente (concluded), si no ha tenido la posibilidad de ser oído y aunque algunos métodos son nuevos en este Estado no se puede decir que las precauciones para las notificaciones sean insuficientes en la sustancia o en la forma. En su argumentación realiza alguna consideración sobre la función registral y así entiende que el trabajo ordinario debe hacerse según las instrucciones y órdenes del tribunal y afirma que tras ser enmendada ley inicial en Massachusetts el acto de registrar es un acto judicial, aunque lo realice el *recorder* o su asistente. Recuerda que los únicos derechos son derechos registrados y cuando la propiedad está inscrita nada impide al legislador establecer los requisitos para registrar. En FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 14 y *Report of the Committee on the Torrens System and Registration of Title to the twenty-fourth anual conference of Commissioners on the Uniform State Laws*, 1914, 7.

³⁴ Es el caso de la Ley Torrens de Illinois que, según recoge Guyot Cameron, en 1915 había sido impugnada en sesenta y una ocasión. En GUYOT CAMERON, 1915, 70.

³⁵ REPORT OF THE COMMITTEE ON THE TORRENS SYSTEM AND REGISTRATION OF TITLE TO THE TWENTY-FOURTH ANUAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON THE UNIFORM STATE LAWS. Washington 1914, 2

³⁶ En *People vs. Simon*, 176 ILL. 165; 44 L.R.A 801. Oct.24, 1898 consideró que los poderes de los registradores eran análogos a los de los Comisarios de Patentes. Así en la legislación federal hay supuestos en los que el ejercicio de funciones ejecutivas conlleva juicios, *judgements* o cierta discrecionalidad en la aplicación de la ley a los hechos. REPORT OF THE COMMITTEE ON THE TORRENS SYSTEM AND REGISTRATION OF TITLE TO THE TWENTY-FOURTH ANUAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON THE UNIFORM STATE LAWS. Washington 1914, 4.

³⁷ NOGUEROLAS PEIRÓ, 2009, 51.

³⁸ FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 43.

³⁹ O'BRIEN, 1989, 375 y ss.

⁴⁰ BENTHAM, 1843, 417. OFFER, 1981, 28.

⁴¹ HAYEK, 2006, 412.

⁴² FUKUYAMA, 2004, 10 y ss.

⁴³ NOGUEROLAS y MARTINEZ, 2017, 312.

⁴⁴ FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 24 y 46.

⁴⁵ Los autores estadounidenses distinguen entre *substantive and procedural due process*. ROTUNDA y NOWAK, 1992, 358 y ss. TRIBE, 2004, 1332 y ss. FARBER, ESKRIDGE, FRICKEY y SCHACTER, 2013, 703 y ss.

⁴⁶ “*Due process in its application to administrative law is essentially a requirement of notice and hearing*”. SCHWARTZ, 1988, 335 y ss. Sobre adjudicatory authority on agencies y adjudicatory due process MASHAW, MERRILL, SHANE, MAGILL, CUÉLLAR, & PARRILLO, 2014, 394 y ss.

⁴⁷ *A precise definition of due process of law has never been attempted. It does not always mean proceedings in court. Its fundamental requirement is an opportunity for a hearing and defense.* (Ballard vs. Hunter (204 US 241))

⁴⁸ «Que no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido; (...) Por lo tocante a instrumentos anteriores a la publicación de la presente Pragmática, cumplirán las Partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del Registro ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, aunque lo hagan para otros fines diversos de la persecución de las hipotecas o verificación del gravamen de las fincas. Real Pragmática de 31 de enero de 1768, en la que se prescribe el establecimiento de los Oficios de Hipotecas, pp. 15-16, incluida en *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, volumen I, Editorial Castalia, Madrid 1989, p. 39 y ss. En opinión de Bienvenido Oliver continuó siendo una formalidad meramente ritual, cuya omisión no producía otro efecto que el de no hacer fe en juicio, ni fuera de él, los documentos que carecían de dicho requisito para perseguir las hipotecas. Esto solo era aplicable a los actos sujetos a registro que se hubieren consignado en documento público, pues los que carecían de esta solemnidad seguían sometidos al Derecho civil o común. En OLIVER Y ESTELLER, 1892, 283.

⁴⁹ FUNAIOLI, 1950, 287 y ss. Los derechos no transcritos, según Funaioli, son derechos válidos, pero tienen una eficacia relativa. El conflicto entre los distintos adquirentes se resuelve en favor del que primero transcribe que adquiere la plena eficacia (p. 292), pero la adquisición no transcrita pierde la eficacia no solo ante la transcrita sino respecto a cualquier tercero (p. 297). Otros autores italianos han defendido que, antes de la transcripción, solo hay un derecho de crédito (Gentile) o que el derecho real solo se transmite entre las partes, pero para que haya eficacia frente a terceros es necesaria la transcripción. En BARASSI, 1952, 448.

⁵⁰ GRETTON y STEVEN, 2013, 82. Según estos autores: *Ownership passes without recording but it is precarious until recording*.

⁵¹ FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 14, “A proceeding or suit to quiet title against the whole world.”

⁵² *Fines and recoveries* fue el nombre con el que se conoció en Inglaterra el procedimiento a que dio lugar la feigned action. FORTESCUE-BRICKDALE, 1914, 15. Este procedimiento judicial de carácter ficticio recuerda a la *in iure cesio* romana. Las *recoveries* están basadas en una acción real a diferencia de los fines que resultaban del ejercicio de una acción personal. En SIMSON, 1986, 125.

⁵³ PARDO NUÑEZ, 1993, 123 y ss

⁵⁴ PLANIOL, 1890. Según Planiol, en este procedimiento tiene lugar la publicación de tres anuncios (normalmente dos a la salida de la misa dominical y un tercero el día del mercado o en tres domingos consecutivos a la salida de la misa) y concluye con una sentencia judicial declarando libre e irrevocable la propiedad ante las causas de evicción, resolución o retracto. OLIVER Y ESTELLER, 1892, 174. Besson defiende que la idea central del sistema Torrens—esto es, la obtención de un título de propiedad inatacable, después de haber realizado una investigación, publicación y llamar a los terceros para oponerse que también es propio de la ciudad de Bremen—tiene su antecedente en el modelo de la *appropriance* de la Bretaña, que data del siglo XIV. BESSON, 1891, 63. Según Oliver, la *appropriance* participa de la *Auflassung* y del juicio de *Praklusion* germánico y del procedimiento de liberación o purga francés. En OLIVER Y ESTELLER, 1892, 174.

⁵⁵ BESSON, 1891, 291.

⁵⁶ Un esquema similar aparecerá por las mismas fechas regulado por la *Allgemeine Hypotheken Ordnung* (Ley Común Hipotecaria) de Prusia del año 1783, según sus artículos 93, 94 y 95 del Título II, la completa y absoluta seguridad en el dominio de los inmuebles solo se lograba cuando se había adquirido en subasta judicial forzosa, previo el procedimiento de edictos (*Aufgebot*) o después de haber obtenido la oportuna sentencia en el juicio llamado de *Praklusion*. En OLIVER Y ESTELLER, 1892, 108.

⁵⁷ Sobre esto puede verse PARDO NUÑEZ, 720. En especial Fritz Baur, que relaciona el párrafo 55 de la *Grundbuchordnung* (GBO) (*Bekanntmachung der Eintragungen*) con el párrafo 839.3 del B.G.B. en los casos de renuncia a la notificación. En BAUR y STÜRNER, 2009, 202.

⁵⁸ En los Estados Unidos, tras los distintos pronunciamientos de los tribunales supremos de los estados, así como del Tribunal Supremo Federal en el caso *American Land Co. v Zeiss* (219 US 47; 55 Law. Ed. 95. 1910), todas las leyes registrales seguirán el mismo esquema:

a) Determinación o fijación del derecho (*quiet the title*) en virtud de procedimiento judicial para que el derecho produzca efectos y sea válido frente a todos.

b) Registro del Decreto procedente del Tribunal y emisión de un certificado que muestra el estado de los derechos sobre el inmueble y que tiene carácter inatacable (*indefeasible*).

⁵⁹ RUOFF, 1957, 16.

⁶⁰ MEGARRY & WADE, 2012, 146.

⁶¹ BURKE Jr, 1978, 103.

⁶² REID y GRETTON, 2017, 24. En opinión de Bruce Ziff, la idea de espejo no es adecuada porque este invierte la imagen y por ello propone la de idea de foto. ZIFF, 2014, 481.

⁶³ En contra de toda esta interpretación, Guido Alpa cuando escribe: *Non sarebbe esatto dire che la pubblicità è strumento per creare apparenze: la pubblicità crea realtà giuridiche*. ALPA, Turín, 1195.

⁶⁴ MOSCHELLA, 1973, 217 y ss.

⁶⁵ MOSCHELLA, 1973, 217, p. 18. También Huber, siguiendo a Gierke, expondrá la Gewere en términos de apariencia del derecho real. BUCHHOLZ, 1976, 21 y ss.

⁶⁶ BRUNNER, 1973, 252 y ss.

⁶⁷ TORRENS, 1882, 10.

⁶⁸ BAKKER, 1937, 11.

⁶⁹ POTTAGE, 1995, Vol, 383. Más adelante añade, p. 385: *Registration did not reinforce or perfect the traditional style of manufacturing titles. Rather it constructed an entirely new foundation for property in land*. En términos similares, Kevin Gray señala que: *Title as self-authenticating social reality has given way to title as state-regulated bureaucratic fact*. En GRAY, K. y GRAY, S. 2009, 180.

⁷⁰ OLIVER Y ESTELLER, 1892, 50.

⁷¹ Fundamental para comprender esta orientación resulta el abandono por la jurisprudencia australiana de la expresión *Register of title en favor de Title by registration*. Así en el caso *Breskvar v. Wall* (1971) el *Chief Justice de la High Court* de Australia afirmó que: *Is not a system of registration of title but a system of title by registration. That which the certificate of title describes is not the title which the registered proprietor formerly had, or which but for registration would have had. It is the title which registration itself has vested in the proprietor*. En STEIN y STONE, 1991, 31.

⁷² BUCKLAND, y McNAIR, 1965, 69.

⁷³ NOGUEROLES PEIRO, 2009, 48

⁷⁴ *Act that involves obedience to instructions or laws instead of discretion, judgment or skill*.

⁷⁵ Esta expresión fue acuñada por Buenaventura Agulló como recogen DE AZCARATE, 1833, 241; MORELL Y TERRY, 1917, 239; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1931, 274. Ha esclarecido la autoría de la expresión RODRIGUEZ OTERO, “*La feliz frase de el registrador como fiscal de los terceros ausentes*” www.notarios y registradores.org 1 de julio de 2011 y posteriormente “*Nota sobre la feliz frase del registrador como frase del registrador como fiscal de los terceros ausentes*” 8 de octubre de 2012.

⁷⁶ Sobre el carácter *judicial or quasi judicial* de la actuación del registrador en Estados Unidos puede verse SHELDON, 1901, 84-111.

⁷⁷ RUOFF y ROPER, 1972, 854 y ss. SIMSON, 1976, 80.

⁷⁸ DICASTRI, *Thom's Canadian Torrens System*. 2.^a edición, Burroughs & Company Limited, Calgary, Alberta 1962, 32 y ss.

⁷⁹ SANDULLI, 1964, 210. La importancia del carácter neutral de la actuación del registrador es también muy apreciada por la reciente doctrina americana, así Yoram Barzel escribe: *People use state registry where neutrality is highly valued*. En BARZEL, 2002, 186.

⁸⁰ NICOLO, 1973, 1.

⁸¹ TORRENS, 1859, 9.

⁸² BRICKDALE, 1914, 2.

⁸³ SANDS, 2017, 709.

⁸⁴ Hoy son *absolute, qualified, possessory, good leasehold*. Los tres primeros se refieren al *freehold and leasehold title* y el último solo al *leasehold*. En MEGARRY & WADE, 2012, 161.

⁸⁵ SANZ, 1947, 518

⁸⁶ CUCCARO, 2013, 81

⁸⁷ POWELL, 319, 1965 citado en FIFLIS, 1966,433. Los costes de la *initial registration* en Nueva York según Powell comprendían los siguientes conceptos: *assessed value, assesement for local taxation, fees collected registrar, land surveyor, lawyer conducting proceeding, examiners fee, assurance fund*. Según sus cálculos el coste de la *initial registration* era el doble que el de contratar un seguro. Sin embargo, como pusieron de manifiesto sus críticos, ver notas 7 y 8, hacía trampas en los cálculos porque cuando computaba los gastos de las opciones distintas al sistema Torrens no incluía ni los gastos del surveyor ni tampoco los legales.

⁸⁸ Según la ley modelo para uniformar la legislación Torrens en los Estados Unidos, presentada ante los comisarios para la unificación de las leyes del Estado en 1914 en Washington, el *title examiner* debía ser un oficial del tribunal.

⁸⁹ De *official* lo único que tenían era que habían sido autorizados, pero no eran *public official* como podían serlo un juez o un registrador. Así opinaba la doctrina estadounidense de la época. En NISSENSON, 1939, 185.

⁹⁰ HOPPER, 1917, 21.

⁹¹ Dorr Viele, que fue presidente de la Asociación Oficial de Examinadores de Títulos del Estado de Nueva York, señala que hay tres clases de examiners: 1) los *attorneys at law* que han sido admitidos; 2) los nombrados por el registrador del condado (*County Registrar*) que actúan como asalariados del County; 3) las compañías autorizadas por la ley. En VIELE, 1917, 12. Esta posición choca con lo manifestado por Hopper y por el propio autor de la ley, el profesor Alfred Reeves, para el que una de las grandes novedades y beneficios de la Ley Torrens de Nueva York era que los costes de los *examiners* los pagaba el cliente (propietario o comprador). REEVES, 1908, 449.

⁹² NISSENSON, 1939, 182. Según este autor se convirtió en una función privada.

⁹³ El relato de lo acontecido en Nueva York puede verse en HOPPER, 1917, 20-24.

⁹⁴ El secretario del tesoro de los Estados Unidos señaló en su comparecencia ante el Comité de Servicios Financieros a la Vivienda que los controles (*regulators*) no pueden estar en régimen de libre elección pues las instituciones financieras tienden a elegir el control menos riguroso (*the lowest standards and constraints*). International Herald Tribune, Friday, March, 27, 2009. Written Testimony House Financial Services Committee Hearing. Consultado en home.treasury.gov el día 17 de enero de 2023.

⁹⁵ POSNER, 2010, 341

⁹⁶ ROUBINI y MIHM, 2010, 349.

⁹⁷ ROUBINI y MIHM, 2010, 350.

⁹⁸ Esta fue en su día una de las críticas de Richard Powell al sistema americano en relación con los registros europeos, no tienen personal preparado y especializado en materia registral. Mientras que el director de una oficina registral en Inglaterra era un jurista de alta cualificación, no acontece así en los Estados Unidos, donde se trata de un político que ha sido elegido en votación popular. En POWELL, 1938, 58-59. Esto mismo afirma Jenkins para el que los funcionarios no están bien preparados ni son confiables (*are not always competent and are not always trustworthy*) pero aun en el caso que haya un *recorder* que haga bien su trabajo siempre hay la posibilidad que se elija una nueva administración y que un incompetente *recorder* llene la oficina de empleados ineficientes. JENKINS, 1915, 3 y 4.

⁹⁹ Como señala Charles Ferguson, un ejemplo claro de este proceso lo ofrecen las agencias de calificación. Estas agencias calificaban la deuda de los bancos y además ofrecían servicio de asesoría a los propios bancos sobre cómo elaborar los instrumentos para recibir después una alta calificación, percibiendo por estos consejos unos elevados honorarios. Sin embargo, «las agencias de calificación pagaban mucho menos que los bancos de inversión, de modo que los empleados de estas ponían todo su empeño en agradar a los banqueros con quienes trataban, con la esperanza de conseguir un empleo en el banco. Muchos de ellos lo consiguieron. En FERGUSON, 2012, 75. También, la *Financial Services Authority* (FSA) de Gran Bretaña puso de relieve la necesidad de fidelizar el talento del lado del controlador para evitar que se encuentre siempre solo del lado del controlado. Puede verse la noticia en el semanario británico *The Economist* del 22 de enero de 2005, pp. 14 y 15. En opinión del economista Yoram Barzel, el incentivo de los funcionarios (*state agents*) para operar de manera eficiente y asumir nuevas funciones es menor porque son retribuidos mediante un sueldo fijo (*fixed wage*). BARZEL, 2002, 69.

¹⁰⁰ Documento mecanografiado y firmado por Charles Fortescue-Brickdale procedente de la biblioteca H.M. Land Registry en Londres.

¹⁰¹ POWELL, 1938, 67. También, en los años cincuenta, Eugene L. Heinrich insiste en la necesidad que los sistemas Torrens sean gestionados por las personas más competentes y que no sean políticos —*must be non political*—. Los sistemas de registration requieren una cualificación profesional del más alto nivel, HEINRICH, 1955, 341.

¹⁰² POWELL, 1938, 68. Los autores, que estudian las causas del éxito en Australia y el fracaso en los Estados Unidos, señalan como una de las razones del buen funcionamiento en Australia el que se realizase un cuidadoso examen de los documentos, sobre todo en los primeros años, que sirvió para evitar errores y prestigiar el sistema YOUNG, 1994, 229.

¹⁰³ POWELL, 1938, 68.

¹⁰⁴ Un ejemplo internacional de inversión en capital humano es la iniciativa CADRI (Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano) a cargo del Colegio de Registradores de España en colaboración con la Agencia Española de Cooperación y Desarrollo (AECID) y diversas universidades que cuenta con más de veinte años de existencia y más de cuatrocientos registradores y profesionales formados en materia registrales.

¹⁰⁵ McCormack opina que los mayores gastos de administración del sistema es la causa más importante del fracaso del sistema Torrens en Estados Unidos. Sin embargo, este mismo autor sostiene que los costes de los usuarios son menores en el sistema Torrens. McCORMACK, 1992, 112. La diferencia entre mayores costes de administración y menores costes para los usuarios fue formulada por RISK, 1971, 476-478. Una opinión distinta fue expresada por John Ginty, este banquero consideraba que, al no tener que copiar la escritura, se reducirían los costes de la oficina registral y disminuirían los errores. GINTY, 1908, 16.

¹⁰⁶ Sobre la importancia de la responsabilidad y la función registral puede verse PARDO NUÑEZ, 1995, 720.

¹⁰⁷ ROUFF, 1957, 32.

¹⁰⁸ Sobre la quiebra de los sistemas Torrens puede verse una referencia en COOTER y ULEN, 2008, 158.

¹⁰⁹ En el ámbito iberoamericano es conocido el caso de Puerto Rico, en 1916, en el que el sistema no pudo indemnizar un siniestro y llevó a un cambio radical en el modo de gestión del mismo.

¹¹⁰ Cuenta Jenkins, contrario al sistema Torrens, que en el caso que un *abstracter* haya sido negligente en el examen de los títulos solo responde ante el que lo ha contratado y no

frente al tercero que sufrió los daños causados por haber contratado confiando en el *abstract*, informe del título, realizado por el *abstracter*. JENKINS, 1915, 19.

¹¹¹ OLMSTEAD, 1902, 127.

¹¹² COLQUHOUN DILL, 1893, 31.

¹¹³ Así, por ejemplo, en el caso de que el Estado concediese *absolute insurance*; significaría que no solo cubre los casos de fraude y falsedad en el título, sino cualquier error, fallo u omisión por parte de los registradores, así como cualquier pérdida debida a la irregularidad de cualquier asiento registral. El Tribunal Supremo de Ohio (State v. Gilbert 56-Ohio St., 575) sostuvo que con ello competía con los ciudadanos.

¹¹⁴ FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918,42. Otro caso similar son las leyes protectoras de las ovejas que exigen la creación de un fondo que se nutre de las aportaciones de los dueños de los perros y que sirve para compensar la muerte de las ovejas provocada por los perros (Hendrik v. Maryland-235 U. S., 610,622)

¹¹⁵ FEDERAL FARM LOAN BUREAU,1918, 42.

¹¹⁶ Un ejemplo claro es el caso People v. Simon 176 111, 117 ante el Tribunal Supremo de Illinois. The law (Torrens) can, as we think, stand and accomplish its purposes without it (insurance fund). FEDERAL FARM LOAN BUREAU, 1918, 43. En Nueva York el error fue mayúsculo al hacer el aseguramiento y la contribución al fondo opcional.

¹¹⁷ HOPPER, 1917, 29.

¹¹⁸ COMMENTS, 1975, 317

¹¹⁹ HOPPER, 1917, 29.

¹²⁰ En el capítulo 413 de la ley de 2000 se modifica el capítulo 185, sección 52 de la *General Laws* (G.L.) en cuyo capítulo 185 está incluida la *Land Registration Act* de Massachusetts de 1898, ahora bajo el título de *Land Court and Registration of Title to Land*. Posteriormente, en 2014, se ampliaron los supuestos de desinscripción (*withdrawal*). En BUSCHER, G. *A brief history of the Land Court*. www.mass.gov (consultado el 22 de enero de 2023).

¹²¹ SANDS, 2017, 709.

¹²² HEINRICH, 1955, 336. Este autor pone de relieve que la oposición más activa fue la de las compañías de seguros de títulos, incluso cita a un autor que la cifra en el 85%, pero reconocer que la más potente fue la de los abogados porque, en su opinión, sin estos no puede subsistir ningún sistema jurídico.

¹²³ OFFER, 1981, 45 y ss. OFFER, 1977, 515 y ss. STUART ANDERSON, 1992, 216 y ss.

¹²⁴ HOPPER, 1917, 22 y ss.

¹²⁵ MAZEAUD, MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS. 1999, 535.

¹²⁶ GUILLOUARD, 2004, 426.

¹²⁷ FLOUR DE SAINT-GENIS, 1892, 37.

¹²⁸ GUILLOUARD, 2004, 427.

¹²⁹ GAZZONI, 1998, 20

¹³⁰ Una exposición más detallada de la oposición al establecimiento del sistema puede verse en NOGUEROLES PEIRÓ, 2011, 29-44.

¹³¹ WAHLAN, 1982, 7.

¹³² *A Land title system is also the system that can best be adapted to fit the needs of the future, particularly when seen as a major component of an integrated land information system, or when considered on the basis of potential compatibility with electronic data storage and retrieval technology*. En ONTARIO LAW REFORM COMMISSION. 1971, 23.

¹³³ Durante muchos años, el Doing Business del Banco Mundial publicó rankings entre los Registros, lo que llevó a prestar atención únicamente a los plazos de despacho de los documentos y a su coste explícito, lo que suponía no comprender ni la función de los registros ni los distintos efectos de los sistemas. Medían el tiempo de despacho, pero no sabían cómo abordar la calidad de las instituciones. En el año 2021 se anunció el cierre del proyecto *Doing Business*, que tan dañino había sido no solo para el Registro de la Propiedad, sino también para otras instituciones. La crítica más brillante del proyecto que se expone a continuación la formuló en su día el profesor Benito Arruñada ha expuesto de manera resumida en el momento del cierre, para él «la metodología empleada era parcial, no valoraba la utilidad neta de las regulaciones, sino tan solo algunos de los costes explícitos.» (Crítica que coincide con la que en su día formularon Mac Dougal y Brabner-Smith al trabajo de Powell). «Nunca prestaron atención al valor de las instituciones, por ejemplo, a la mayor o menor seguridad jurídica de unos u otros sistemas, o a la reducción de costes contractuales futuros. Además, computaban solo los trámites formalmente obligatorios con lo que se favorecía a los países anglosajones. Por ejemplo, Nueva York era la ciudad de referencia para los EE.UU., allí cada contratante inmobiliario paga los servicios de al menos un abogado, con lo que en cada transacción operan al menos tres, pero ese trámite y sus ingentes costes no se incluyeron nunca. Los resultados estaban distorsionados porque en Europa (Alemania o España) se incluían costes notariales cuando el coste de los abogados de Nueva York era entre nueve y doce veces más caro que el de los notarios europeos de países con buenos registros.»

Se dedicaron, prosigue Arruñada, a publicar los resultados a modo de liga y tanto la prensa financiera internacional cuanto la nacional caían en el cebo de los rankings. El resultado es por todos conocido, se hicieron reformas que solo mejoraban el ranking del *Doing Business* sin necesariamente mejorar la calidad de las instituciones (ejemplo ventanillas únicas, sociedades express, pero sin resolver problemas del trámite de apertura).

El cierre del *Doing Business*, opina Arruñada, será positivo para las reformas institucionales. Los Registros son catalizadores de la actividad económica, su calidad jurídica es su atributo esencial mucho más que los tiempos y sus costes explícitos. *Al presentar atención sobre estos últimos(...) Doing Business estimulaba reformas cosméticas (...) Se trata de una versión del viejo problema que apareció en el mundo del management en los años 1960 (...) y la gestión por números de la que tardaron décadas en recuperarse.* Hoy hay mucha información cuantitativa y poca cualitativa y por, tanto, el gobernante tiene la tentación de decidir sobre bases cuantitativas. ARRUÑADA.: *En la muerte del Doing Business*. 19 de septiembre de 2021 www.vozpopuli.com. También del mismo autor, 2007, 727-47. 2008, 555-74.

¹³⁴ En opinión de un economista como Miceli: *an important advantage of the Torrens system is that it clears title to land*. MICELI, 2009, 171.

¹³⁵ JANCZYK, 1977, 215. Los datos empleados en este estudio se refieren al período 1938 a 1967 y corresponden al condado de Cook en Illinois. Posteriormente Shick y Plotkin, tomando datos de 1976 en el condado de Cook, en un estudio financiado por las compañías de seguros de títulos, se llegó a la conclusión de que no reducía mucho los costes de transferencia y que los costes de registro eran más elevados. En SHICK y PLOTKIN, 1978. En opinión de Miceli este aumento de costes en un periodo posterior al analizado por Janczyk se debe a que el sistema Torrens había dejado de utilizarse de manera habitual y se empleaba solo para registrar los casos difíciles, un supuesto de *self-selection*. En MICELI, 2009, 171.

¹³⁶ MICELI, SIRMANS, MUNNEKE, y TURNBULL, 2002, 566 y 579. En contra, McCormack critica los datos de Janczyk por entender que los que registran en el sistema Torrens también contratan una seguro de títulos y este gasto no es específico del *recording*. McCOR-

MACK, 1992, 108. Ahora bien, los títulos Torrens no necesitan contratar un seguro para ofrecer seguridad a diferencia de lo que ocurre en los casos de *recording*. Las causas de su contratación nada tiene que ver con el sistema Torrens sino con otros motivos, como el consejo de los abogados y en materia de hipotecas la obligatoriedad de dicho seguro para poder ser titulizadas. No obstante, reconoce MacCormack que según un reputado estudio de la Ontario Law Commission los costes de investigación, así como el tiempo empleado en la misma son menores en los sistemas Torrens. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, 1971, 23. También el profesor Risk concluye que los costes de los sistemas de *recording* son mayores que los de registro. Este autor distingue entre los costes para los usuarios, que son mayores en el sistema de *recording*, y los costes de administración del sistema, que son mayores en el sistema Torrens. El coste agregado es mayor en el sistema de recording. RISK, 1971, 476-478. El análisis más completo comparando los costes de los sistemas de registro de derechos y los de documentos, con especial atención a los países europeos, tomando datos proporcionados por instituciones internacionales (Banco Mundial, Federación Hipotecaria Europea) así como los procedentes de estudios de consultoras (Mercer Oliver Wyman y de otros estudiosos puede verse en ARRUNADA, 2012, 156-160).

¹³⁷ En unas comparecencias celebradas en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos en el mes de abril del año 2006 sobre el tema *Title Insurance Cost and Competition*, se puso de manifiesto que en Iowa, donde desde 1985 se han inspirado en el sistema Torrens para ofrecer una State Guarantee, el coste de asegurar una hipoteca de 500.000 \$ es de 110\$, en cambio una hipoteca por el mismo importe en Washington DC tiene una prima de seguro de 1775 \$, esto es dieciséis veces más. UNITED STATES CONGRESS HOUSE OF REPRESENTATIVES COMMITTEE ON FINANCIAL SERVICES, SUBCOMMITTEE ON HOUSING AND COMMUNITY OPPORTUNITY, 2006, 28-30, 71-73. En este mismo sentido, considerar que el sistema de Iowa es un sistema Torrens modificado, se expresan EATON & EATON, 2007, 41.

*Trabajo recibido el 21 de mayo de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*

El concebido no nacido

The unborn conceived

por

JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR
Doctor en Derecho. Abogado

RESUMEN: La civilización occidental se funda en la noción de persona, concepto nuclear y central del Derecho civil que aborda la misma desde su nacimiento, y aun antes, hasta la muerte y aun después. Los problemas jurídicos que plantea dicho ser humano en el periodo que media entre su concepción y su nacimiento son numerosos y si bien los artículos 29 y 30 del CC abordan la adquisición de la personalidad civil y, de modo incompleto, el estatuto jurídico del *nasciturus*, dichos preceptos, así como los artículos 959-967 CC, están pensados principalmente para abordar los intereses hereditarios del *nasciturus* y, en particular, los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna. Así todo, la doctrina y la jurisprudencia han hecho un esfuerzo por completar el estatuto jurídico del *nasciturus* aplicando el principio «*pro iam nato habetur*» contenido en el inciso segundo del art. 29 CC no solo al ámbito patrimonial. A la aplicación de dicho principio a prácticamente todos los ámbitos del derecho civil (persona, familia, sucesiones, contratos etc.) hemos dedicado este trabajo.

ABSTRACT: Western civilisation is founded on the notion of the person; a core and central concept of civil law, which encompasses since birth, and even before birth, until death and beyond. The legal problems posed by such a human being in the period between conception and birth are numerous. Although articles 29 and 30 CC deal with the acquisition of civil personality and, incompletely, with the legal status of the *nasciturus*, these precepts, as well as articles 959-967 CC, are mainly designed to deal with the inheritance interests of the unborn child and, in particular, the rights of the *nasciturus* in the paternal inheritance. However, doctrine and jurisprudence have endeavoured to define the legal status of the *nasciturus* by applying the principle “*pro iam nato habetur*” contained in the

second paragraph of art. 29 CC beyond the sphere of the estate. We have applied this principle to practically all areas of civil law (personal, family, inheritance, contracts, etc.) in this work.

PALABRAS CLAVE: Nasciturus, póstumo, personalidad civil, persona

KEY WORDS: *Nasciturus, civil personality, person, unborn conceived*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD CIVIL: 1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: ¿ÚNICA O MÚLTIPLE? 2. LA ADQUISICIÓN DE LAS DIVERSAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EN EL ÁMBITO CIVIL, PROCESAL Y PENAL. 2.1..Adquisición de la personalidad jurídico civil. 2.2. Adquisición de la personalidad jurídica procesal. 2.3. Adquisición de la personalidad jurídica penal.— III. LOS EFECTOS FAVORABLES PARA EL CONCEBIDO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESFERAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL CONCEBIDO NO NACIDO. 2.1.. *Negocios jurídicos a título oneroso*. 2.2.. *Negocios jurídicos a título gratuito*. 2.2.1. La aceptación de las donaciones al concebido. 2.2.2. El nasciturus en la revocación de donaciones por superveniencia de hijos. 2.3. *Derechos sucesorios*. 2.4.. *El nasciturus como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil*: 2.4.1. Indemnizaciones de daños y perjuicios al nasciturus por daños médicos 2.4.1.1. La procreación irresponsable. 2.4.1.2. Los daños ocasionados al nasciturus por una defectuosa asistencia en el momento del parto. 2.4.1.3. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo: acciones «wrongful birth» y acciones «wrongful life». 2.4.2. Resarcimiento de daños morales al concebido por accidentes de circulación. 2.5. *El nasciturus en los procedimientos judiciales de separación, divorcio y guarda y custodia*. 2.6. *El nasciturus y las medidas jurídicas de protección de los menores*. 2.6.1. La adopción del nasciturus. 2.6.2. El acogimiento del *nasciturus*. 2.7. *El nasciturus en los procesos de filiación*. 2.7.1. Acción de reclamación de la filiación. 2.7.2. Acción de impugnación de la filiación. 2.8. *El nasciturus y la adquisición de la nacionalidad española de origen*.— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN.

El problema de la noción jurídica de «*persona*» tiene —en palabras de LEGAZ LACAMBRA— «*el interés intrínseco de constituir uno de los temas más importantes de la ciencia y la filosofía del derecho*» (1951:15 y 1960:107). En efecto, no es que el concepto de persona sea un tema importante, sino que es el tema esencial y básico del Derecho, hasta tal punto que ha podido afirmarse con acierto

que «*la civilización occidental se funda en el concepto de persona*» (RIBAS ALBA, 2011:449). Y, por ello, no es de extrañar la enorme discusión científica a la que ha dado lugar. Y es que como señala DE CASTRO «*el valor central que por sí tiene la persona en el Derecho Privado explica la confusión y falta de claridad de su concepto en la doctrina pues necesariamente han de repercutir sobre él las distintas concepciones de la vida*» (1984:20).

Destacaba, con razón, SENTÍS MELENDO que «*desde el nacimiento y aun antes, hasta la muerte y después de ella, se transita jurídicamente*» (SENTÍS, s.f:X). Sin embargo, dicho tránsito jurídico del ser humano antes del nacimiento plantea especiales problemas jurídicos porque no hay consenso sobre cuándo se puede considerar que se pertenece a la especie humana y, en consecuencia, se es persona: ¿desde la concepción o desde el nacimiento?¹. En todo caso, en este trabajo nos limitaremos al análisis de la regulación contenida en los artículos 29 y 30 CC, así como al tratamiento que ha recibido el *nasciturus* por parte de nuestra jurisprudencia civil no siendo pretensión del mismo reflexionar sobre el tratamiento constitucional de problemas, sin duda más relevantes pero ajenos al Derecho Civil, como son los relativos a la consideración jurídica del *nasciturus* como vida humana y como persona².

II. LA ADQUISICION DE LA PERSONALIDAD CIVIL

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: ¿ÚNICA O MÚLTIPLE?

Comienza afirmando el art. 29 del CC que «*el nacimiento determina la personalidad*» exigiendo el art. 30 que dicho «*nacimiento [sea] con vida*» y que se produzca el «*entero desprendimiento del seno materno*». Por tanto, dichos preceptos anudan la adquisición de la personalidad al momento del corte del cordón umbilical, en atención al necesario desprendimiento por entero del feto del seno materno que exige el art. 30 *in fine* CC. En todo caso, la expresión de que el nacimiento con vida determina la adquisición de la personalidad contenida en dichos dos preceptos debe interpretarse de acuerdo con un criterio sistemático en atención al texto en que está ubicado y así entender que se refiere solo a la personalidad jurídica civil. Y es que, aunque es cierto que la doctrina mayoritaria tradicional considera que la personalidad jurídica es única³, dicha concepción no es ya sostenible porque si bien la persona es una y la personalidad es una, su manifestación en el Derecho (su personalidad jurídica) puede ser múltiple y adoptar diversas formas y requisitos de adquisición según el sector del ordenamiento en el que nos encontremos. A favor de dicha tesis cabría esgrimir, además de los antecedentes histórico-legislativos⁴, que aquellos artículos —el 29 y 30— se hallan en un Código CIVIL⁵ y, *a fortiori*, están ubicados sistemáticamente dentro del

Título denominado «*Del nacimiento y la extinción de la personalidad CIVIL*» lo que presupone, a contrario, la posible existencia de otra personalidad jurídica no-civil. El CC, en fin, ni regularía ni debería hacerlo la personalidad jurídica primaria y si sólo la personalidad jurídica civil⁶.

2. LA ADQUISICIÓN DE LAS DIVERSAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EN EL ÁMBITO CIVIL, PROCESAL Y PENAL

La teoría que se sostiene la pluralidad de personalidades jurídicas ha recibido consagración legal por dos vías: la aprobación de la LEC y la doctrina penal sobre el nacimiento, doctrinas ambas que anticipan a un momento previo al indicado en los artículos 29 y 30 CC la adquisición de la personalidad en sus respectivos ámbitos. Veamos pues, con más detalle, cuándo se adquiere la personalidad jurídico civil, cuando se adquiere la personalidad jurídico procesal y cuando la personalidad jurídico penal.

2.1. *Adquisición de la personalidad jurídico civil*

Como decimos, viene regulado por los artículos 29 y 30 CC. Aquel conserva su redacción original de 1889, pero este fue modificado por la disposición final 3.^a de la Ley 20/2011, de 21 de julio. Veamos la evolución de este último precepto, porque a las diversas manifestaciones del principio «*pro iam nato habetur*» contenido en el art. 29 CC dedicaremos la segunda parte de este trabajo.

1. La redacción original del art 30 CC. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 20/2011 en el art. 30 CC, dicho precepto señalaba que «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.*» Por tanto, dicho precepto exigía, en la redacción ya derogada, dos requisitos para poder reputar nacido al *nasciturus*: la figura humana y la vida independiente durante 24 horas. El primero de dicho requisitos —figura humana— era heredero de nuestro Código de Partidas y este, a su vez, del Derecho Romano, y negaba personalidad civil al nacido con apariencia externa no humana [fetos acéfalos, bicéfalos hemicéfalos, cíclopes] (DE CASTRO, 1984: 105). El segundo requisito —supervivencia del nacido durante 24 horas— fue fuertemente rebatido por nuestra mejor doctrina civil ya que, señalaba ALBALADEJO, desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro (1997:166-191) y ello porque, a juicio de dicho autor, la redacción original del art 30 CC no solo era contrario al principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 10 CE, sino que, además, había sido derogada por el art. 24.II del Pacto internacional de

derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19-12-1966 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE 30-4-1977) así como por el art 7,1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE de 31-12-1990) que disponen que: «*todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento...*», debiendo recordar que dichos tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, pasaron a formar parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE) así como que, por imperativo del art 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

2. La redacción vigente del art 30 CC. A fin de adaptar nuestra legislación civil a dichos instrumentos internacionales suscritos por España y haciéndose eco de la doctrina crítica vertida por ALBALADEJO a la redacción original del art 30 CC, la Ley 20/2011, de 21 de julio da nueva redacción a dicho precepto eliminando dichos dos requisitos (la figura humana y la «viabilidad legal» representada por la supervivencia del nacido durante 24 horas) señalando ahora que «*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*». Actualmente, por tanto, dicho precepto subordina la adquisición de la personalidad jurídica civil exclusivamente al nacimiento con vida (ya no se precisa que el nacido sobreviva 24 horas, sino que, con un solo segundo, basta) y que se produzca «*el entero desprendimiento del seno materno*», lo que tiene lugar cuando el feto se separa de su madre mediante el corte del cordón umbilical. La nueva redacción del artículo 30 CC responde al principio, dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, de «*la consideración de la naturaleza humana, desde que la mujer da a luz, de todo recién nacido vivo, sea cual sea su aspecto y viabilidad biológica*» (2011:280).

Para adecuar la nueva regulación de la adquisición de la personalidad civil al Registro civil dispone el art. 44.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que «*son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el art. 30 CC*» por lo que será suficiente para inscribir al recién nacido que este nazca con vida, aunque sobreviva un solo segundo —ya no, por tanto, 24 horas— desprendido del seno materno. A la luz del actual art. 30 CC es preciso reinterpretar otros artículos del Decreto de 14-11-1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil [en adelante, RRC] en los que se realiza alusión directa o indirecta al derogado plazo de 24 horas de viabilidad debiendo entenderse derogada tal referencia al plazo: así, por ejemplo, debe entenderse abrogado el art. 171 RRC cuando señala que «*se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un*

feto se reputa nacido, a los efectos civiles»; el art. 174 RRC al regular al legajo de abortos; el art. 165 RRC que señala que «la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo»; o finalmente el art. 74 RRC cuando alude a que «el acta de nacimiento que se levanta antes de las 24 horas del hecho, porque el viaje durante el cual ocurre ha de terminar antes o porque concurren circunstancias que impiden la demora, se harán constar las horas del nacido y las circunstancias de urgencia que concurren».

Finalmente señala el art 44.2 LRC que «la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento». Tal inscripción es, por tanto, la prueba principal y oficial del nacimiento de una persona, pero ello no significa que tal asiento de inscripción sea requisito para adquirir la personalidad por lo que, por un lado, aunque falte tal asiento, podrá probarse la adquisición de la personalidad por cualquier medio admitido en derecho acreditando la concurrencia de los requisitos del art 29 y 30 CC (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011:282) y, por otro lado, aunque exista dicha inscripción no por ello la misma otorga personalidad a quien carece de ella de acuerdo con dichos preceptos (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013:527) pudiendo dicho asiento rectificarse en virtud de resolución judicial firme (art. 90 LRC) o por procedimiento registral en los supuestos previstos en el art. 91 LRC.

2.2. Adquisición de la personalidad jurídica procesal

El art. 6. 2.º LEC reconoce al «concebido no nacido» capacidad para ser parte sin condicionar dicha capacidad al nacimiento con los requisitos del art. 29 y 30 Cc. Como señala ALISTE SANTOS, aunque algunos tempranos comentarios a la LEC 1/2000 han querido ver en su art. 6.1.2º un fiel reflejo y simple continuismo del art. 29 del CC lo cierto es que el tenor de ambos artículos es distinto (2011:130). Así, señala dicho autor, ya no se condiciona la protección del concebido al hecho posterior del nacimiento, ni se hace equivaler la posición jurídica del *nasciturus* a la del nacido por lo que el concebido cuenta con amparo jurídico inmediato de sus intereses pudiendo ejercitar pretensiones en defensa de los mismos, cualquiera que sea el momento, ante los órganos jurisdiccionales civiles (2011:132). Ambos artículos no son incompatibles entre sí. El art. 6 LEC no ha derogado el art. 29 CC porque, interpretando conjuntamente ambos, resultará que la norma procesal ofrece posibilidad de tutela jurídica efectiva al concebido y el art. 29 CC consolida los eventuales derechos adquiridos gracias a esa tutela durante la concepción, impidiendo que sigan a merced de toda contingencia y dándoles la firmeza típica de todo derecho subjetivo perteneciente a la persona

física (2011:134). De este modo, la novedad fundamental que aporta la LEC al regular la capacidad para ser parte del concebido es la falta de condicionamiento de esa capacidad; una novedad legislativa que tiene consecuencias extraprocerales: la protección *per se* del concebido (2011:136).

Por tanto, por disposición de ley (en concreto, del art. 6.1.2 LEC), el concebido tiene capacidad jurídica procesal (i.e. capacidad para ser parte) y ello implica o presupone, puesto que capacidad jurídica es sinónimo de personalidad jurídica, tener personalidad jurídica (procesal) y ser, para el Derecho Procesal, persona⁷. Incluso cabría argumentar que la nueva LEC de 2000 habría derogado tácitamente el art. 29 CC si bien dado el tenor del reformado art. 30 CC poco habríamos logrado⁸.

2.3. Adquisición de la personalidad jurídica penal

La doctrina penal señala que «*a efectos penales no hay más concepto de nacimiento que el natural: basta y sobra con haber nacido para obtener la tutela jurídica, aunque no se den los requisitos que el CC exige para ser persona*» (CARBONELL MATEU, 2016:42) de modo que la Sala Segunda del TS [STS 22/01/1999, (TOL5.134.742)] considera que:

*«el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el CC, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, integridad física y salud que proclaman los art. 15 y 43 CE. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el CP. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una persona».*⁹

Congruentemente, señala dicha Sala de lo Penal como momento del nacimiento el del principio del parto incluso adelantando éste a la fase de dilatación y comienzo de las contracciones sosteniendo que la muerte durante el parto no será aborto sino homicidio porque se considera persona y no feto al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado¹⁰. Así, puede afirmarse que la personalidad jurídico penal comienza en un momento distinto que la personalidad jurídico civil: aquella en el momento de las contracciones y de la fase de dilatación; esta en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero

desprendimiento del seno materno, es decir en el momento del corte del cordón umbilical (art. 30 CC). Ello provoca innegables distorsiones jurídicas por la «*sutilidades del tiempo jurídico*» o «*segundo jurídico*» del que ha hablado la doctrina; distorsiones que provocan manifiestas injusticias porque, un segundo antes de las contracciones, la mujer que, sin hallarse en ninguno de los supuesto permitidos por la ley, termine voluntariamente con la vida del *nasciturus* que acoge en su seno será condenada a una simple multa de 15 a 24 meses (art. 145.2 y 3 CP), pero si ese acto se produce un solo segundo después de las contracciones podría llegar a ser condenada por la comisión de un delito de asesinato.

III. LOS EFECTOS FAVORABLES PARA EL CONCEBIDO

1. INTRODUCCIÓN

Afirma el inciso segundo del art. art 29 CC que «*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*» (es decir siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). Recoge dicho inciso el principio enunciado por la jurisprudencia clásica romana de retroacción al concebido no nacido de los efectos que le sean favorable («*conceptus pro iam nato habetur*»)¹¹ siempre que llegue a nacer con las condiciones que exige el art 30 CC. Como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO no se trata de que al concebido se le considere jurídicamente persona desde el instante de la concepción, sino que, para el caso de que nazca con los requisitos del art. 30 CC, se le tiene por nacido («*pro iam nato habetur*»), en lo que le beneficie, desde que fue concebido, retro trayéndose los derechos del nacido a la fecha de su concepción (2013:486). De este modo, sigue añadiendo dicha autora, ante la esperanza de que el concebido llegue a ser persona, lo que sucederá si nace con vida independiente, el inciso segundo del art 29 CC permite, con una operatividad semejante a la de la condición suspensiva, colocar en situación de pendencia durante la gestación todas los derechos y relaciones jurídicas favorables para el concebido arbitrando la ley medidas de cautela (así, los arts. 959 a 967 regulan una serie de «precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta») y, de este modo, únicamente si el concebido llega a nacer con los requisitos del art. 30 CC hará suyos los bienes y derechos que le sean favorables «*retroactivamente —como si verdaderamente hubiese sido persona durante la gestación*» (2013:486).

El principal problema de dicho inciso segundo del art. 29, como puede verse, es la interpretación que ha de darse a la expresión legal «*para todos los efectos que le sean favorables*» siendo una cuestión que está lejos de ser pacífica no solo en la doctrina sino también en nuestra jurisprudencia. Podemos distinguir en di-

cha expresión un elemento subjetivo (¿quién es el destinatario de dichos efectos favorables?) y un elemento objetivo (¿qué ha de entenderse por favorables?):

1. Elemento subjetivo. En una primera aproximación a la expresión legal «*para todos los efectos que le sean favorables*» podemos señalar que los efectos han de ser favorables para el concebido y no para un tercero (así se deduce del pronombre «*le*» que emplea dicho artículo)¹² aunque no han faltado autores que, en posición minoritaria, han defendido una interpretación amplia de dicho precepto sobre quién ha de ser el beneficiario de dichos efectos¹³, así como jurisprudencia minoritaria que, destaca GUTIÉRREZ SANTIAGO, en ocasiones con el argumento del beneficio indirecto del *nasciturus*, terminan por atribuir derechos a sus progenitores (2013:488, con cita en nota 29 de numerosa jurisprudencia).

2. Elemento objetivo. Siguiendo con la interpretación de la expresión «*efectos favorables*» del art. 29 CC señala la doctrina que es común afirmar que por efecto favorable se entiende la facultad general de adquirir derechos (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013:489) no considerándose favorable para el concebido la celebración de un contrato oneroso —por grande que fuera la expectativa de ganancia—, porque implica la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus* (DE CASTRO, 1984: 126; VENTOSO ESCRIBANO, 1989: 71). En todo caso, es preciso analizar ca suísticamente y en diversos ámbitos del derecho privado la trascendencia y eficacia de la retroacción de los efectos favorables al concebido que llegue a nacer con las condiciones del art. 30. A ello dedicaré el próximo epígrafe.

2. ESFERAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL CONCEBIDO NO NACIDO

2.1. *Negocios jurídicos a título oneroso.*

El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts. 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que puede ser aceptada por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Fuera de estos dos supuestos el CC guarda silencio y habrá que acudir al art. 29 CC para conocer si cabe representar al *nasciturus*, si puede otorgarse un contrato en nombre de él y si dicho contrato puede ser un contrato oneroso.

En cuanto a la primera pregunta, el *nasciturus*, por imperativo de los arts. 29 y 30 CC, carece de personalidad jurídico civil hasta su nacimiento y entero desprendimiento del seno materno por lo que, en el ámbito civil, comparto la posición de VENTOSO ESCRIBANO de que no es fácil admitir que el padre represente al hijo pues falta el elemento subjetivo ya que aún no existe un ser con personalidad civil al que representar (1989:71). Por otro lado, como señalaba DE CASTRO, la mecánica de la protección del concebido y de la representación legal son distintas porque por la representación legal el patrimonio del incapaz de obligarse

responde por los actos del representante; el concebido, por contra, carece de un patrimonio hasta su nacimiento y la especial protección que se le concede es para reparar su falta de personalidad jurídica civil (1984:126). Esta es la solución, por otro lado, más respetuosa con el art. 7 LEC que señala que por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido¹⁴.

En cuanto a la expresión «*efectos favorables*» del art. 29 CC aplicada a los negocios jurídicos a título oneroso, señala la doctrina que es común afirmar que por efecto favorable se entiende la facultad general de adquirir derechos no considerándose favorable para el concebido, como dijimos, la celebración de un contrato a título oneroso ya que conlleva la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus*. Por tanto, los padres no podrán adquirir ni enajenar ninguna clase de bien en representación del *nasciturus* puesto que no son sus representantes y puesto que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica civil que le permita ser titular de bienes. Y, en consecuencia, si un sujeto intenta representar a un *nasciturus* su actuación es equiparable a la del representante que actúa en nombre de alguien que no le ha conferido la representación o a la del mandatario que se excede de los límites del mandato y, en tales casos, el CC (arts. 1725 y 1727. 2) fija que el representado no queda vinculado con el tercero sino solo el representante (TRINCADO AZNAR, 2022:235).

2.2. *Negocios jurídicos a título gratuito.*

2.2.1. La aceptación de las donaciones al concebido.

Es obvio que el *nasciturus* no puede donar porque no puede contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC). La pregunta, por tanto, es si el *nasciturus* puede ser donatario. Y la respuesta debe ser afirmativa¹⁵. El *nasciturus* carece de personalidad jurídica civil para ser titular de derechos patrimoniales (arts. 29 y 30 CC). El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts. 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que pueden ser aceptadas por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Así, dispone el art. 627 CC que: «*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento*». Artículo que ratifica que no cabe la representación del *nasciturus* (nótese el empleo de la forma condicional «*representarían sí*», luego no les representan) y que supone uno de los efectos favorables a que se refiere el art. 29 CC. Dicho art. 627 CC permite que la donación al *nasciturus* sea aceptada inmediatamente por quienes les representarían si estuvieran ya nacidos y quede firme lo antes posible lo cual, dice ALBA-

LADEJO, favorece al concebido porque así se evita que, no aceptada, pueda quedar sin efecto por fallecimiento del donante o porque este la retire antes, en ambos casos, de que el *nasciturus* nazca (1991:1595-1596). En síntesis, el art. 627 CC, reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* tenga la condición de donatario y obliga al donante a conservar hasta el nacimiento los bienes, sin poder revocar la donación ya perfecta ni disponer de ellos (TORRELLES TORREA, 2014:378 y ss)¹⁶ aunque sin tampoco obligación de entregárselos desde ya a quien haya aceptado la donación (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:491). En todo caso, a pesar de la aceptación, hasta el nacimiento del concebido con las condiciones del art. 30 CC no tiene lugar la trasmisión del dominio porque en el instante de la aceptación no hay adquirente ya que no hay capacidad para adquirir sin personalidad (art. 745.1 CC). La ficción legal del art. 29 CC no excepciona el art. 745.1 CC, ya que no pretende crear derechos sin sujetos (TORRELLES TORREA, 2014:379).

2.2.2. El nasciturus en la revocación de donaciones por superveniencia de hijos

Dispone el artículo 644.1.º CC, que *«toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos»*. La doctrina es unánime al afirmar que la razón de ser de dicha causa de revocación es el hecho de que el donante no habría donado si hubiera sabido que iba a tener un hijo (DÍAZ ALABART, 1991:1633)¹⁷ porque el cariño paternal o la protección de los hijos, añade ARROYO I AMAYUELAS, hace suponer que el padre, en vez de donar su patrimonio, lo hubiese reservado para sus hijos si hubiera previsto que los tendría (ARROYO, 1992: 138). Dicha causa de revocación añade DÍAZ ALABART, protege al donante, porque al revocar la donación los bienes revierten a su patrimonio incondicionalmente, y a sus hijos —aunque sea indirectamente— ya que no resultan disminuidas sus perspectivas hereditarias ni el nivel de vida que puede ofrecerle el donante (1991:1633). Pero dicho precepto plantea dos problemas:

1. Un primer problema: el de determinar si la existencia de un hijo concebido, pero no nacido del donante al tiempo de la donación hace ésta irrevocable (por considerar que el donante tiene hijos), o si por contra, es revocable (por considerar al donante carente de hijos). Básicamente se han postulado, ante el silencio del CC, dos soluciones:

A. LACRUZ BERDEJO estima que la existencia de un hijo concebido del donante al tiempo de la donación hace ésta irrevocable, no por aplicación del art. 29 CC (puesto que la irrevocabilidad no es un efecto favorable), sino porque, en su opinión, de mantenerse la revocabilidad, fallaría la motivación de la norma.

B. La doctrina mayoritaria, por contra, entiende que la existencia del concebido al tiempo de la donación no impide su revocación (entre otros, CALLEJO, 1997:124; DIAZ ALABART, 1990) porque no es cierto que esta interpretación contraría la motivación de la norma, ya que —como dijimos— el art. 644 protege no sólo al donante, sino también a sus hijos (DIAZ ALABART, 1990). Asimismo, señala CALLEJO RODRÍGUEZ, la consideración del concebido como nacido al tiempo de la donación no le favorece, sino que le perjudica (art. 29 CC.) y el precepto en cuestión sólo exige que el hijo del donante nazca después de la donación, sin diferenciar si está o no concebido. Finalmente, añade DIAZ ALABART (1990), aunque admitiéramos a efectos dialécticos, que la existencia del concebido al tiempo de la donación haga ésta irrevocable, *«hay que considerar los problemas que podría plantear el averiguar, desde cuándo conoce el donante la existencia del nasciturus»* por lo que, concluye esta autora, *«aunque al hacer la donación hubiese un hijo concebido y llegase a nacer después con los requisitos legales, ello no haría irrevocable la donación, porque el caso no resulta amparado por el art. 29, ya que no favorece al hijo»*.

2. Un segundo problema es si es suficiente la existencia de un hijo concebido del donante después de la donación para ejercitar, desde ya, la acción revocatoria, considerando la doctrina mayoritaria que no es suficiente que el hijo estuviese concebido después de la donación para ejercitar la acción revocatoria, sino que es, además, preciso que llegue a nacer con los requisitos legales del art 30 (actualmente nacer con vida y que se produzca el entero desprendimiento del seno materno) (CALLEJO, 1997:125; DIAZ ALABART, 1990; DE CASTRO, 1984: 127, n.6 y ARROYO I AMAYUELAS, 1992:140). Por ello, la existencia de un hijo concebido del donante posterior a la realización de la donación, no permite revocar ésta desde ahora, como si ya hubiese nacido porque, dice DE CASTRO, ello chocaría con graves obstáculos prácticos de tener que declarar al póstumo heredero (a pesar del art. 966 CC) y nombrarle un representante y *«si había otros herederos, tenerlos en cuenta para ejercitar la acción; y, en fin, garantizar los derechos del donatario para el caso de que no se produjese el nacimiento»* (1984:127, n.6).

2.3. *Derechos sucesorios*

El principio *«conceptus pro iam nato habetur»*, como vimos, se elaboró principalmente para salvaguardar los intereses hereditarios del *nasciturus* (GAYO I, 147) y, en particular, los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 490). Y, así, nuestro CC regula en los arts. 959 a 967 CC ciertas precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta y, por tanto, existe un concebido con eventuales derechos hereditarios, cautelas

que consisten principalmente en la suspensión de la división de la herencia (art. 966: «*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta*») y su sujeción a administración hasta que tenga lugar el nacimiento o el aborto (arts. 965 y 967).

Existen, en sede hereditaria, otros dos efectos favorables a favor del concebido:

1. Preterición del concebido. De acuerdo con el art. 814 CC la preterición de un concebido, que eventualmente sea legitimario cuando nazca con los requisitos del artículo 30 CC, no perjudica la legítima. Si dicha preterición es intencional (la falta de mención se produce a sabiendas por el testador de la existencia del legitimario póstumo, hijo o descendiente suyo) «*se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*» (814 aptdo 1 CC); y si dicha preterición es no intencional o errónea (la falta de mención se produce por desconocer el testador la existencia del legitimario póstumo) de acuerdo con dicho precepto se producirán dos efectos: «*1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas*» (art. 814 CC)

2. Sustituciones fideicomisarias a favor del concebido. Por otra parte, al concebido se le tiene por nacido en relación con las sustituciones fideicomisarias del art. 781 CC, de modo que el testador puede dejar todo o parte de la herencia a alguien que esté simplemente concebido al morir aquel y cuando dicho *nasciturus* nazca con las condiciones del art 30 CC y adquiera la condición de fideicomitente, empezarán a contar las dos transmisiones efectivas más [los dos «grados»] de que habla el art. 781 CC (ALBALADEJO, 1991:1920; DE CASTRO, 1984:128).

2.4. 'El nasciturus como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil

Señalaba DE CASTRO que «*el nacido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el periodo de gestación, en los bienes que le correspondan, en su situación familiar (muerte del padre, o de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (defectos físicos, lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas, artículos 1902, 1905, 1907 y 1908 Cc)*» (1984:131). Y ello porque dentro de la expresión «*se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*» que emplea el art 29 CC deben incluirse las indemnizaciones

derivadas de responsabilidad civil por daños y perjuicios padecidos por el *nasciturus* desde el instante mismo de su concepción (en el mismo sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:496; CABANILLAS SÁNCHEZ, 2004; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000:280). En este epígrafe haremos referencia a los dos supuestos más comunes en los que nuestra jurisprudencia civil ha indemnizado al *nasciturus* por daños ocurridos durante su gestación: cuando dichos daños se producen en su ser y cuando se producen en su esfera familiar. Los primeros, como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, nos sitúan principalmente en el ámbito de la responsabilidad médica; los segundos nos trasladan, principalmente, a la responsabilidad por muerte de familiares del *nasciturus* en accidente de circulación (2013-a: 496).

2.4.1. Indemnizaciones de daños y perjuicios al *nasciturus* por daños médicos

Entre los efectos favorables a los que alude el art. 29 CC es indudable que se hallaría la posibilidad de reclamar, como destacaba LACRUZ BERDEJO, el «*resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan luego*», ya que, sin perjuicio de que puedan asimismo ser calificado, en su caso, como delito, «*se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y... debe ser él el acreedor de la indemnización por los daños sufridos por él mismo*» (LACRUZ BERDEJO, 2010:18; GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018: 24 y la doctrina que cita en nota 13). Podemos distinguir diversos supuestos:

2.4.1.1. La procreación irresponsable.

Ha debatido la doctrina si el *nasciturus* puede, cuando nazca con vida, demandar a sus padres por las enfermedades o malformaciones que estos les transmitieron o incluso por las enfermedades o malformaciones derivadas de determinadas conductas de sus progenitores. Podemos distinguir con GUTIÉRREZ SANTIAGO (2018:26-27) los siguientes supuestos:

a. Responsabilidad de los padres por enfermedades o malformaciones transmitidas a sus hijos. Un importante sector doctrinal encabezado por ATIENZA NAVARRO (2006:41-74) defiende la responsabilidad de los progenitores por las enfermedades graves transmitidas a su progenie cuando, antes de la concepción o durante la misma, aquellos contagien negligente o dolosamente alguna enfermedad al *nasciturus* porque, dice ATIENZA, el ejercicio de la libertad de procreación tiene como límite el derecho e interés del niño a nacer sano. No obstante, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a dicha posibilidad de exigir responsabilidad a los progenitores por las enfermedades genéticas o contagiosas transmitidas al *nasciturus* durante la concepción no solo por los problemas probatorios que,

en muchos casos, se plantearían relativos a la relación de causalidad, sino sobre todo por la ausencia de antijuridicidad de la conducta de los progenitores (MACÍA MORILLO, 2003: 37; véase más ampliamente sobre los argumentos empleados por este sector doctrinal mayoritario GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018: 26 n. 20).

b. Responsabilidad de los padres por determinadas conductas realizadas durante la gestación. En los supuestos en los que la conducta del progenitor durante la gestación haya provocado una enfermedad o tara al concebido (piénsese, por ejemplo, en la madre que consume alcohol durante el embarazo y el hijo nace con síndrome alcohólico fetal) un sector doctrinal considera que si los daños o perjuicios al *nasciturus* derivan de una conducta dolosa o gravemente imprudente o temeraria de la madre debe reconocerse al hijo, una vez que nazca con vida, el derecho de resarcimiento del daño padecido (SESTA, 2012: 429); mientras que otros autores limitan la exigencia de dicha responsabilidad solo a los supuestos de actuación dolosa de la madre (RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2011: 871-872 y 880).

2.4.1.2. Los daños ocasionados al *nasciturus* por una defectuosa asistencia en el momento del parto.

Mayor certeza ofrece la opinión de que, entre los efectos favorables para el *nasciturus* a que alude el art. 29 CC, se incluye su derecho a ser resarcido por los daños que haya sufrido por una defectuosa asistencia en el momento del parto [por ejemplo, SSTS [1.^a] 13.10.1992 (Tol 1655170); 10.12.1997 (Tol 215086) y 23/02/1999 (Tol 2450)] o en las actuaciones médicas inmediatamente precedentes al alumbramiento [así STS [2.^a] 05.04.1995 (Tol 405397)] o practicadas, en general, a lo largo del embarazo (así, por ejemplo, STSJ Castilla y León [3.^a] de 05-04-2013, TOL3.759.601).

2.4.1.3. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.

Se halla consolidada en nuestra jurisprudencia [vide, por ejemplo, STS [1.^a] 11 mayo 2001] la distinción entre las acciones «wrongful birth» y «wrongful life». Las primeras aluden a la pretensión propia de los progenitores del hijo nacido enfermo y donde son aquellos (los padres) los beneficiarios directos de la indemnización, mientras que, en las segundas, los progenitores reclaman en nombre y representación de su hijo por el daño moral y patrimonial que este padecerá durante su vida por haber nacido con dichas malformaciones, por el hecho de vivir con esas taras que no fueron detectadas con anterioridad a su nacimiento (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018:31). Estas reclamaciones no se fundan

en que los profesionales sanitarios “causaran” la discapacidad al niño, ya que, en los supuestos que analizaremos, la enfermedad o malformación es congénita y/o incurable, de modo que el niño no podía nacer sano —o nacía enfermo o no nacía—, sino que el fundamento de tales acciones radica en que el médico no detectó esa enfermedad (siendo científicamente detectable) y no advirtió de la misma a los progenitores quienes, por tanto, no pudieron abortar e impedir así el nacimiento del hijo enfermo (MACÍA MORILLO, 2003: 50). En resumen, como señala la SAP de Barcelona, de 30/12/2011 (TOL2.471.520):

«las acciones “ wrongful birth “ y “ wrongful life “ se refieren a las reclamaciones interpuestas por la madre o por ambos padres en nombre y derecho propio o a las formuladas por los padres en nombre de su hijo con motivo de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian por lo general, no a un error médico en sentido estricto, sino a la negligencia omisiva del facultativo por no realizar las pruebas que hubieran podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación que conlleva la privación de la facultad u opción de abortar en plazo legal. En tales casos, si los padres reclaman en su propio nombre y derecho el daño moral y patrimonial padecido por ellos mismos con motivo del nacimiento de un hijo con malformaciones nos encontraremos ante el supuesto de “ wrongful birth actions “, mientras que, si los padres reclaman en nombre del niño, en cuanto representantes legales del mismo, el daño moral y patrimonial que sufrirá durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones estaremos ante “ wrongful life acciones “»

- Acciones «wrongful birth»:

Admitidas las acciones «wrongful birth» por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la STS [Sala 3.ª] de 30 de junio de 2006 apreció, en dicho sentido, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria e indemnizó a los padres por el daño moral derivado de la falta de información a los progenitores sobre la existencia de malformaciones en el concebido [información que imponía el art 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad aplicable por la fecha en que tuvieron lugar los hechos al caso¹⁸ y que ahora impone el art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre], privándole de la facultad de optar por la realización de una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo que la norma facultaba al efecto¹⁹. Así, señala dicha resolución que:

«no se informó a los recurrentes sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto como los referentes a los niveles de Alfafetoproteína superiores a los normales, y los quis-

tes hallados en plexos coroideos, y esa falta de información, vulnerando los preceptos de la Ley General de Sanidad antes citados determinó la imposibilidad de decidir si optaban o no por la facultad de interrumpir libremente el embarazo, no habiendo probado la Administración Sanitaria, como le hubiera incumbido en función de cuanto antes se ha argumentado, que la recurrente no hubiera optado por el aborto eugenésico en el supuesto de que la información sobre las malformaciones del feto le hubiera sido comunicada, por lo que cabe apreciar el nexo causal necesario para apreciar en el caso de autos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria».

De dicha resolución se hizo eco la STS [Sala 3.^a] 14 de marzo 2007 [TOL1.049.994] que insiste en la doctrina expuesta pudiendo destacarse de la misma dos elementos relevantes:

1. El daño resarcible. Señala dicha sentencia que, si bien *«no puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad»* sí podría existir un daño moral si la falta de información lesiona el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez puede lesionar la dignidad de la misma amparada por el art 10 CE. Y, con dichos antecedentes y con cita expresa de la STS 30-6-2006 ya analizada, confirma la sentencia *a quo* y desestima el recurso de casación, porque la falta de información sobre las malformaciones de su hija (nacida sin las dos piernas y sin el brazo izquierdo) había lesionado la facultad de los progenitores a su *«autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1 y 5 y 6 Ley General de Sanidad)»* consistiendo el daño moral resarcible no en el nacimiento del hijo sino en la privación del derecho a *«optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto»*.

2. La «onus probandi». Por otra parte, dicha STS [3.^a] 14-3-2007 reconoce que el mayor problema que plantea esta responsabilidad patrimonial no es el de su admisión sino el de la prueba de un requisito esencial para poder declararla como es la relación de causalidad. Y, así, señala la resolución analizada que, aunque el TS no siempre ha aceptado *«la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana»* que invierte la carga de la prueba en casos de errores en el diagnóstico prenatal debiendo ser el médico, y no el paciente quien pruebe que la decisión de la progenitora habría sido la misma con un diagnóstico acertado²⁰, dicha Sala 3.^a del TS, en diversas resoluciones que cita, ha admitido dicha inversión de la carga de la prueba imponiendo a la Administración demandada, y no a quien alega el daño la carga de probar de

forma indubitada, que si la mujer hubiera conocido la malformación del feto no hubiera optado por un aborto.

- Acciones «wrongful life»:

En contraste con la frecuencia con que se interponen las acciones «wrongful birth» y su aceptación por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, las acciones «wrongful life» son rechazadas a nivel doctrinal²¹ en base, señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, a dos razones principalmente: por un lado, por las dificultades para identificar y valorar el daño resarcible porque la disyuntiva a nacer con taras habría sido no nacer y se discute la consideración del hecho de la vida como daño y que éste pueda consistir en la lesión de un supuesto «derecho a no nacer» o de un «derecho a nacer sano»; y por otro lado, por los problemas relativos a la relación de causalidad y a la imputación objetiva del daño al médico demandado puesto que el daño reclamado no se integra dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama (la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo) (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 499). Ello ha conducido a que nuestro TS haya rechazado dichas acciones *wrongful life* cuando ha conocido de ellas si bien en la mayoría de los casos alegando problemas de acreditación de la relación de causalidad o de ausencia de antijuridicidad del resultado lesivo. Veamos varias de ellas:

1. STS [1.ª] 7.6.2002 [TOL202.875]. Falta de relación de causalidad. Se refiere dicha resolución a un supuesto en el que una paciente de 40 años demanda a su ginecólogo y a la Clínica por su conducta negligente al no informarla de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a aquella de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido ya que el hijo nació con síndrome de Down con una cardiopatía y una hepatopatía. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que condena al médico y a la Clínica a indemnizar a los demandantes, el TS absuelve a aquellos profesionales sanitarios de la demanda en base al argumento contenido en su FJ 4.º que señala que:

«Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues...» la Sra. R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera

decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquella manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido procede la estimación del motivo» y del recurso de casación interpuesto por el médico y la Clínica.

2. STSJ de Madrid de 27/01/2012 [TOL2.554.096] Falta de antijuridicidad del resultado lesivo. En la demanda se ejercita por la actora una doble acción, una en nombre de la menor por las malformaciones que padece (*wrongful life*); y, otra, en propio nombre, por el daño moral derivados de dicho nacimiento (*wrongful birth*). La sentencia comentada desestima ambas pretensiones porque considera que se emplearon por el demandado todos los medios exigibles para detectar las malformaciones del feto por lo que la falta de diagnóstico de malformaciones congénitas esqueléticas como la que padecía el feto solo puede achacarse a la imperfección de la técnica. Falta, por tanto, la antijuridicidad del resultado lesivo exigido por la Ley para desencadenar la responsabilidad patrimonial de la Administración de modo que las patologías que presentaba el feto, y que eran indetectables durante la gestación de acuerdo con el estado de la técnica ecográfica existente entonces, es un daño que los perjudicados están obligados a soportar por carecer de antijuridicidad la asistencia sanitaria prestada.

3. STS [Sala 3.ª] 14/03/2007 [TOL1.049.994]. Ejercicio conjunto de acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*». Esta sentencia, ya comentada *supra*, estimó la acción «*wrongful birth*» y desestimó la acción «*wrongful life*» concediendo una indemnización a los progenitores de una niña nacida sin piernas y sin el brazo izquierdo, pero haciendo constar que el daño resarcible no es el nacimiento del hijo, sino la privación del derecho a «optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto».

4. SAP Barcelona [14.ª] de 06/04/2021 [TOL8.472.727]. Improcedencia de la acción *wrongful life* porque no existe un derecho a no nacer. Los progenitores ejercitaban en nombre propio la acción *wrongful birth* (reclamando 40.000 € para cada uno de ellos) y en nombre de su hijo la acción *wrongful life* (reclamando 200.000 € para su hijo). El Juzgado de Primera Instancia estimó ambas acciones, pero la Audiencia Provincial aplica la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS expresada, sobre todo, en la STS [1.ª] 15/09/2015 [TOL5.439.307] que, con cita de jurisprudencia anterior de dicha Sala, afirma que la acción *wrongful life* es inviable por dos motivos: 1.º) porque el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado

un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones, y 2.º) porque debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5-6-1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo.

Por otro lado, sigue diciendo la SAP Barcelona analizada, la acción de *wrongful life* solo podría ejercitarse si se reconociera en el ordenamiento el derecho a la no vida y bajo la premisa que es preferible la no vida a la vida enferma o con malformación, siendo por lo tanto el daño la propia vida, con la consiguiente valoración negativa de la vida de las personas con discapacidad. Bajo esa consideración, el daño en este tipo de reclamación o acción ejercitada sería el hecho de vivir discapacitado. Pero dicho derecho a la no vida, a no nacer con discapacidad, no existe en nuestro ordenamiento que solo protege el derecho a la vida con indiferencia de que sea o no con malformaciones o enfermedades. Y en defensa de la inexistencia del derecho a no nacer invoca dicha SAP la jurisprudencia constitucional (STC n.º 53/1985) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 16/06/2014) y el art. 10 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13-12-2006. Como consecuencia de todo ello, la Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimando la acción *wrongful life* ejercitada por los padres en representación de su hijo menor.

2.4.2. Resarcimiento de daños morales al concebido por accidentes de circulación

Nos centraremos en este epígrafe en si la retroacción de la personalidad al momento de la concepción previsto para todos los efectos favorables en el art. 29 CC abarca la posibilidad de que el *nasciturus*, una vez nacido, reclame indemnizaciones por daños morales por accidentes de circulación acaecidos durante su gestación y en el que haya fallecido un familiar²². Quedan fuera, por tanto, de nuestro estudio la indemnizaciones que corresponden a la gestante por pérdida del *nasciturus* en accidente de circulación²³.

Actualmente el art 62 RD. Leg. 8/2004 reconoce a los descendientes y hermanos como categoría autónoma de perjudicado asignándose el art 65 y el art 66 una cantidad fija a cada hijo y hermano respectivamente que varía en función de su edad, pero la duda es si dentro de dicha expresión «descendientes» o «hermanos» puede incluirse a quien al tiempo de suceder el accidente de su ascendiente/ hermano estaba en estado de gestación. Y, en dicho sentido, doctrina y jurisprudencia se muestran conformes sobre la consideración del *nasciturus* como

perjudicado y, como tal, beneficiario de la indemnización por el fallecimiento de sus familiares en un accidente de circulación. Así, en nuestra jurisprudencia menor, bien es cierto que en resolución anterior a dicho RDLeg., la SAP Córdoba 25.9.1997²⁴ señala que «la expresión “perjudicado” comprende a todo aquel que como consecuencia de un determinado evento haya experimentado una lesión en su esfera patrimonial (daños materiales) o afectiva (daños morales)», de modo que «resulta indudable que la hija no nacida, pero sí concebida, tiene tal condición por mor del art. 29 CC». Y, en consecuencia, la sentencia estima la acción ejercitada por la progenitora en nombre y representación de su hija menor que perdió a su padre en accidente de circulación acaecido estando esta última en estado de gestación por «el evidente perjuicio que dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor».

También, en sede penal, la SAP [1.ª] de Badajoz, de 11/11/2002 (TOL240.000) ha reconocido que el *nasciturus* es perjudicado, si nace con las condiciones previstas en el CC, por la muerte de su hermano sucedida cuando aquel estaba concebido señalando que a la muerte del niño en el accidente de circulación, éste contaba con un hermano —concebido no nacido— «al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición» no solo porque ello deriva del art. 29 CC sino también porque «resultaría incluso cruel que éste, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal en el instante en que tales derechos le eran diferidos».

También evidentemente y aunque excede de los límites de este trabajo por referirse a materia laboral nuestra jurisprudencia ha admitido que el *nasciturus*, una vez que nazca con las condiciones del art. 30 CC, pueda reclamar indemnizaciones por la muerte de un familiar —señaladamente el padre— en accidente laboral acaecido cuando aquel estaba simplemente concebido²⁵.

2.5. El *nasciturus* en los procedimientos judiciales de separación, divorcio y guarda y custodia.

Dos corrientes contrapuestas existen en la praxis judicial acerca del momento procesalmente oportuno para fijar, en favor del *nasciturus*, la pensión de alimentos, la atribución de su guarda, el régimen de visitas y el otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar.

1. Teoría que permite fijar la pensión alimenticia y demás medidas en el procedimiento de separación divorcio o guarda y custodia sin esperar hasta el

efectivo nacimiento del hijo concebido. Seguida por la jurisprudencia menor de modo casi unánime se fundamenta principalmente en razones prácticas y en la protección y el beneficio del *nasciturus*, ya que adoptar las medidas a favor del concebido redundan en beneficio de este. Así, como señalaba la SAP de Cuenca número 152/1999, de 27 de mayo, esperar a que se verifique el nacimiento y que la esposa solicite entonces, si lo estima oportuno, la atribución del uso de la vivienda y la fijación de alimentos «no originaría sino demoras en la resolución de la cuestión, que redundarían en perjuicio del hijo, cuyo interés es, sin duda, el más necesitado de protección».

Es, igualmente, expresiva de dicha posición casi unánime la SAP de Barcelona [18.^a], de 07/12/2018 (TOL6.999.946) cuando señala: «La sentencia (a quo) no adopta medidas sobre el hijo/a que todavía no había nacido en el momento de dictarse la sentencia. (...). La Sala entiende que deberían haberse adoptado las medidas solicitadas que se limitaban a la guarda, régimen de relación con el padre y alimentos y que hubieran permitido la existencia de una regulación o régimen de convivencia y alimentos al nacer el hijo/a, sin perjuicio de su modificación ulterior si lo hubiera requerido su interés y ello en base a lo dispuesto en el art. 29 CC»²⁶.

También podemos ver un completo desarrollo de medidas a favor del *nasciturus* en las sentencias de nuestros Juzgados de Primera Instancia como recogen, por referencias, nuestras Audiencia Provinciales²⁷.

2. Teoría que pospone hasta el efectivo nacimiento del hijo concebido la fijación de la pensión alimenticia y demás medidas. Seguida por la jurisprudencia minoritaria a mi modo de ver es la más correcta desde un punto de vista técnico. Hasta el nacimiento no existe patria potestad²⁸ y, por otro lado, la determinación legal de la filiación, presupuesto de la patria potestad, se relaciona con el nacimiento, y a él se refiere la inscripción correspondiente en el Registro Civil. Por tanto, desde una visual teórica no cabe fijar alimentos si no existe aún progenitor sin perjuicio de promover el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, una vez que se verifique el nacimiento. Y así, por ejemplo, la SAP Toledo de 31 de julio de 2003²⁹ confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que no había realizado ningún pronunciamiento sobre la pensión de alimentos del *nasciturus* difiriendo la fijación de dicha pensión —y no sólo del inicio de su efectividad— hasta el nacimiento del concebido, entre otras razones porque «tanto la pensión de alimentos, como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador». En consecuencia, tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como dicha sentencia dictada en apelación acordaron no fijar régimen

de visitas, ni pensión alimenticia, sin perjuicio de que los progenitores pudieran promover un procedimiento de modificación de medidas, una vez que tuviera lugar el nacimiento.

2.6. *El nasciturus y las medidas jurídicas de protección de los menores.*

2.6.1. La adopción del *nasciturus*.

Dispone el art 175 ap. 2.º del CC que «únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados». Con base en dicha expresión la doctrina mayoritaria ha defendido que, puesto que únicamente puede adoptarse a los «menores no emancipados» *a contrario sensu* no cabe a adoptar al *nasciturus* siendo nulos los pactos sobre la adopción de un concebido (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508). Al argumento literal del art 175 2 CC y al argumento moral de que dicha adopción podría conllevar un auténtico «mercado de la infancia» (GARCÍA AMIGO, 1979: 326) y un «odioso tráfico de niños» (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508) se unen el hecho de que el art. 177.2 CC exige, entre los asentimientos necesarios para la adopción, el de la madre que no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. Esta exigencia, sin duda impuesta a la vista de que la irrevocabilidad de la adopción requiere que la madre adopte su decisión reflexiva y meditadamente (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508), impide la adopción del *nasciturus* que, por otro lado, en el fondo sería bastante parecido a una gestación por subrogación cuya nulidad ha sido evidenciada por la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (STS de 31-3-2022, TOL8.898.029) porque vulnera los derechos fundamentales de la mujer gestante y del niño gestado.

2.6.2. El acogimiento del *nasciturus*.

También el art. 173 y 173 bis CC, al regular el acogimiento, hacen referencia siempre al menor acogido lo que ha llevado a nuestra doctrina mayoritaria a negar la posibilidad *lege lata* de acoger al *nasciturus*³⁰, aunque *lege ferenda* fuera deseable³¹. No obstante, existen numerosas resoluciones administrativas³² como judiciales que permiten acordar el acogimiento antes del nacimiento, para que sea efectivo después de él en los casos en los que se detecte, con anterioridad al alumbramiento, la situación de desamparo del *nasciturus*. Es especialmente clarificador la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 31/03/2011 [TOL2.126.751] que señala:

«Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados

internacionales —el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” — la declaración de desamparo de un nasciturus, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 Llei 37/1991), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la SAP de Girona de 8-9-2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del nasciturus hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La SAP de Barcelona (18.º) de 3-6-2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un nasciturus por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La SAP de Barcelona (18.º) de 15-12-2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un nasciturus hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la SAP de Barcelona (18.º) de 11-10-2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo.»

Más recientemente las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales han confirmado la posibilidad que tiene la administración de acordar el desamparo preventivo del *nasciturus* y su retención hospitalaria. Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona [18.ª] 15/09/2021[TOL8.651.459] confirma la sentencia *a quo* a la vista de que «del contenido del expediente y de los informes del Hospital se derivan indicadores de grave riesgo que justifican una declaración preventiva de desamparo antes de nacer la niña» puesto que la madre gestante era consumidora de tabaco, cannabis, antidepresivos, realizaba un seguimiento irregular del embarazo y carecía de estabilidad personal y laboral de la madre. En parecido sentido, la SAP de Barcelona [18.ª] de 19/12/2018 [TOL6.982.787] desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre frente a la resolución administrativa que acordaba el desamparo del *nasciturus* y la acogida en urgencia de su hija que le fue retirada nada más nacer porque, dice la Audiencia Provincial, «la madre no disponía de ningún recurso, ni económico, ni laboral, ni de vivienda, no disponía de soporte familiar... y el nasciturus se encontraba en situación de desamparo, la madre presentaba falta de control de impulsos, tendencia a minimizar los problemas y falta de soporte familiar». O, finalmente, la SAP Lleida [2.ª] de 18/03/2022 [TOL8.993.314] que desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que había considerado no preceptivo el asentimiento de los progenitores para poder constituir la adopción de un menor respecto del cual se había tramitado «un procedi-

miento de desamparo cuando el menor aún era un feto» y respecto del cual se había acordado por la administración «el desamparo preventivo del nasciturus»³³.

2.7. El nasciturus en los procesos de filiación

2.7.1. Acción de reclamación de la filiación

Como señala LLEDO YAGÜE, con relación a la madre no suscita problema, a la vista del principio “*pro iam nato habetur*” contenido en el art 29 CC el reconocimiento del hijo antes de su nacimiento (2017:40). En cuanto al reconocimiento anticipado del padre, la doctrina mayoritaria (LLEDÓ YAGÜE, 2017:40-41; QUESADA GONZÁLEZ, 2012:225-226; RIVERO HERNÁNDEZ, 1991: 462-463; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1984:963) considera que, en nuestro derecho no hay obstáculo a admitir dicho reconocimiento, a la vista del tenor literal del art. 29 CC y a la vista, asimismo, como destaca QUESADA GONZÁLEZ, del art 39 CE ya que constituye «*un efecto favorable para el nasciturus, sin duda alguna, que se determine su filiación incluso antes del nacimiento, porque así recibirá una mayor y más rápida protección. De no admitirse esta posibilidad se dificultaría el cumplimiento del deber que tienen los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, que proclama la Constitución (art. 39). Además, con esta solución se favorece la protección de la madre, que conforme al art. 39 CE aseguran los poderes públicos cualquiera que sea su estado civil, porque a partir del momento en que se determine la paternidad la madre no asumirá sola la responsabilidad y obligaciones derivadas de la relación de filiación*» (QUESADA, 2012: 225-226). En el mismo sentido, se manifestó PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS quien añadía a las razones ya expuestas que, aunque a efectos civiles los nascituri no sean personas ni estén sujetos a representación legal, «en la medida en que se les tiene ya por nacidos (cfr. art. 29 CC) deben gozar de esa representación legal (la que ostentarán “las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”: cfr. analogía art. 627 CC)» (1984:963). En resumen, como destaca VERDERA SERVER, de no admitirse el reconocimiento de la paternidad del nasciturus se obligaría a esperar al nacimiento para poder determinar la filiación y hasta ese momento no podría plantearse el cumplimiento de los deberes de asistencia del padre lo que, en casos de graves necesidades económicas de la madre, podría ser perjudicial para el nasciturus (2013:1298).

Ahora bien, se ha planteado la doctrina si la prohibición contenida en el artículo 122 CC de revelar la identidad del otro progenitor (la de la madre, cuando reconozca sólo el padre) alcanza al reconocimiento del nasciturus teniendo en cuenta que, en estos casos, el reconocido no puede ser identificado sino por referencia a la mujer que aún lo está gestando. Un importante sector doctrinal

considera que, en este caso, sólo cabe el reconocimiento conjunto del padre y la madre, o sólo de ésta, mas no del padre separadamente a la vista de la prohibición legal contenida en el art. 122 CC³⁴, mientras que otro sector de nuestra doctrina admite el reconocimiento individual y separado del padre considerando que se trata de una necesaria excepción a la regla general del art. 122 derivada del hecho de que el establecimiento de la filiación tiene un alcance favorable para el concebido por lo que son de aplicación los criterios del art. 29 CC. Así, en este último sentido, RIVERO HERNÁNDEZ se inclina decididamente por esta última solución, aunque con aplicación (obvia) del art. 124, por razones de estricta argumentación jurídica y por exigencias prácticas y de justicia: *«piénsese, dice, en el progenitor próximo a morir que, sin posibilidad de reconocimiento conjunto, quiere dejar reconocido al concebido que tiene la seguridad de haber sido engendrado por él»* (1991:470).

En nuestra jurisprudencia podemos observar algún ejemplo de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial del concebido. Tal es el caso que dio lugar a la STS [1.ª] de 15/10/1988 (TOL1.734.182). Como resulta de los antecedentes de hechos de dicha resolución, en el caso ahí planteado la demanda que inició el procedimiento se interpuso por la madre contra el padre sobre reconocimiento de paternidad, hallándose la actora, en el momento de ejercitar dicha acción, *«en situación de embarazo»* e interesándose en el suplico de la demanda la condena del demandado a reconocer la paternidad del *«nasciturus»* y al pago de las costas. En todo caso, en el pleito no se planteó debate sobre el hecho de que el *nasciturus* aun no hubiese nacido al interponerse la demanda y el debate se centró en la negativa del demandado a haber mantenido relaciones sexuales con la demandante y a la afirmación del demandado de que era totalmente estéril e impotente³⁵. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real como, en apelación, la Sala de lo Civil de la, entonces, Audiencia Territorial de Albacete estimaron la demanda (bien es cierto que cuando el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia la niña ya había nacido), confirmando el TS las resoluciones precedentes al desestimar el recurso de casación interpuesto por el padre, sin entrar si quiera en el hecho de que al interponerse la demanda la hija estuviera aun en estado de gestación.

2.7.2. Acción de impugnación de la filiación

Asimismo, cabe encontrar en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales ejemplos excepcionales de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial promovida por el padre con relación al *nasciturus*. Así, como nos recuerdan los antecedentes de hecho del AAP de Madrid (22.ª)

de 23/11/2004(TOL546.416), el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Collado Villalba había dictado con fecha 27/01/2004 auto de inadmisión a trámite de una demanda de impugnación de filiación paterno matrimonial legalmente determinada promovida por el padre además de en relación con su supuesta hija ya nacida del matrimonio, con respecto al entonces *nasciturus* que, en ese momento, estaba esperando su mujer. El AAP indicado, sin hacer debate de la cuestión de que la acción comprendiera también a un *nasciturus* (el debate se centró en si había o no principio de prueba exigido en el artículo 127 CC para la admisión a trámite de la demanda), revocó la resolución impugnada y acordó la admisión a trámite de la demanda interpuesta.

2.8. *El nasciturus y la adquisición de la nacionalidad española de origen*

Dispone el art. 17.1 letra a del CC que «*son españoles de origen: a) los nacidos de padre o madre españoles*». Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia, sobre todo registral, se ha planteado el problema de qué sucede si el hijo fue concebido cuando al menos uno de sus progenitores era español, pero nace cuando ya ninguno lo es (por haber perdido ambos progenitores —o el que la ostentaba— la nacionalidad española, arts. 24 y 25 CC). En síntesis, para resolver dicho problema se han propuesto dos teorías³⁶:

1. Doctrina minoritaria. Para que el nacido adquiriera la nacionalidad española de origen por filiación es necesario que el padre y/o la madre sean españoles en el momento del nacimiento del hijo. Los principales argumentos a favor de esta tesis son dos: el primero, porque no se sabe ni se puede saber si la atribución de la nacionalidad española puede resultarle favorable o desfavorable a los intereses del concebido, y el segundo, porque, como señalaba DE CASTRO, «*la fijeza que requieren las situaciones de estado no armoniza con la inseguridad de fecha de concepción*» (1984:399).

No obstante, ninguno de los argumentos empleados por esta tesis minoritaria resulta convincente. En cuanto al primero de ellos porque, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el ordenamiento jurídico español considera la adquisición de la nacionalidad española como un efecto favorable para el concebido ya que únicamente los españoles gozan en España de la plenitud de los derechos civiles (cfr. art. 27 CC) y no civiles (1993:162). Y en cuanto al segundo porque, como destaca LALAGUNA DOMÍNGUEZ, con cita del anterior autor, «*la dificultad de determinar la fecha de la concepción es connatural al sistema adoptado por el art. 29 CC*» (2001:3807).

2. Doctrina mayoritaria. Para que el nacido adquiriera la nacionalidad española de origen por filiación es suficiente que el padre y/o la madre sean españoles

durante la concepción del hijo. Frente a la tesis minoritaria expuesta, puede considerarse mayoritaria la doctrina que considera bastante que el padre y/o madre fueran españoles en algún momento durante la gestación del menor en base a tres argumentos principales: en primer lugar, porque la cláusula «*pro iam nato habetur*» del art. 29 CC se aplica no solo al ámbito patrimonial sino también, entre otros, al de la nacionalidad; en segundo lugar, por el principio *favor nationalitatis* que impregna nuestro derecho porque, como indica CALLEJO RODRÍGUEZ «*el criterio marcado por el Código civil en materia de nacionalidad se inclina a favorecer la española, por lo que, el planteamiento de eliminar el momento de la concepción y decidirse por el del nacimiento a los efectos de señalar la nacionalidad restaría posibilidades de aplicación del ius sanguinis*» (1997:45). Y, finalmente, para evitar situaciones de apatridia ya que, como destaca LALAGUNA, «*es necesario tener en cuenta el momento de la concepción del nacido para evitar una situación no deseable de apatridia. Y para evitar este resultado, en principio adverso al nacido, es necesario aplicar el art. 29 CC*» (2001:3806).

También se ha mostrado a favor de esta tesis la jurisprudencia registral de la antigua DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) que ha declarado reiteradamente, entre otras en la RDGRN de 23 de mayo de 2007³⁷, que «*no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 CC las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española «iure sanguinis» del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 CC. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si la interesada invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia*».

IV CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. Cuando el artículo 29 y 30 del CC dice que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, dichas afirmaciones se refieren exclusivamente a la personalidad civil, pero, en otros ámbitos del ordenamiento, la adquisición de la personalidad —para comparecer en juicio o para poder ser sujeto pasivo de un delito contra la vida— se adelanta.

II. La expresión contenida en el art 29 CC «*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*» aunque pensada principalmente para el ámbito patrimonial comprendiendo, sin ningún género de dudas, las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, como la donación y la sucesión mortis causa, ha sido aplicada, asimismo, por la doctrina y jurisprudencia a otros ámbitos del derecho civil como pueden ser, entre otros, las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil por daños ocurridos durante su gestación cuando dichos daños se producen en su ser [principalmente, responsabilidad médica] y cuando se producen en su esfera familiar [responsabilidad por muerte de familiares del nasciturus en accidente de circulación].

En cuanto a la responsabilidad médica nuestra jurisprudencia ha admitido la posibilidad de las acciones «wrongful birth» (indemnizando a los progenitores a los que la deficiente información médica priva de la facultad de optar por la realización de una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo que la norma faculta al efecto), pero —por contra— no ha admitido las acciones «wrongful life» no solo porque el daño ocasionado por dicha falta de información afecta en exclusiva a los progenitores (y no al nacido) sino también porque debe descartarse que se haya producido un daño al menor, ya que no puede admitirse que este tipo de nacimientos (con discapacidad) sea un mal en sí mismo, no existiendo en nuestro ordenamiento un derecho a la no vida, a no nacer con discapacidad.

En cuanto a la responsabilidad por daños morales al concebido por accidentes de circulación nuestra jurisprudencia admite, con base en el art. 29 CC, dicho resarcimiento por el evidente perjuicio moral que dimana del simple hecho de nacer huérfano de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor.

III. La jurisprudencia ha extendido el alcance del art 29 CC no solo al ámbito patrimonial sino también al derecho de familia y a la nacionalidad. En cuanto al derecho de familia nuestra jurisprudencia, casi unánime, permite fijar la pensión de alimentos, la atribución de su guarda, el régimen de visitas y el otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación divorcio o guarda y custodia sin esperar hasta el efectivo nacimiento del hijo concebido. Sin embargo, la doctrina se ha mostrado contraria, *lege lata y ferenda*, a la posibilidad de adoptar al *nasciturus* y *lege lata* a la posibilidad de acoger al concebido, si bien existe una numerosa doctrina administrativa (después confirmada judicialmente) que permiten acordar el acogimiento antes del nacimiento, para que sea efectivo después de él en los casos en los que se detecte, con anterioridad al alumbramiento, la situación de desamparo del *nasciturus*.

En cuanto a los procesos de filiación la doctrina mayoritaria admite el reconocimiento anticipado del hijo antes de su nacimiento no solo por la madre sino también, en cuanto ello supone un efecto favorable para el *nasciturus*, por

el padre, siendo mayoritaria —aunque no unánime— la doctrina que admite el reconocimiento individual y separado del padre considerando que se trata de una necesaria excepción a la regla general del art. 122 derivada del hecho de que el establecimiento de la filiación tiene un alcance favorable para el concebido por lo que son de aplicación los criterios del art. 29 CC. Asimismo, en nuestra jurisprudencia podemos observar algún ejemplo de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial del concebido y de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial promovida por el padre con relación al *nasciturus*.

IV. Finalmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia registral ha considerado suficiente, para que el nacido adquiera la nacionalidad española de origen por filiación, que el padre y/o la madre sean españoles durante la concepción del hijo, aunque ninguno de ellos lo sea en el momento del nacimiento.

Con este trabajo hemos pretendido dar una visión de conjunto de la situación jurídica del *nasciturus* en el ámbito del derecho civil. Sin duda, sería deseable, *lege ferenda*, que se abordara legislativamente y con más detalle el Estatuto Jurídico del concebido, pero mientras ello no sea así corresponde a la jurisprudencia complementar dicho ordenamiento jurídico aplicando a todos los ámbitos del Derecho civil el principio «*pro iam nato habetur*» consagrado en el art. 29 CC.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). Comentario al art. 627 CC. En *Comentario del Código Civil, T. I*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, pp. 1595-1597.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro. *Revista de derecho privado*, Año n.º 81, Mes 3, 166-191.
- ALISTE SANTOS T.J. (2011). *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Ed. Atelier. Barcelona.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (1992). *La protección al concebido en el Código Civil*. Ed Civitas. Madrid.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1999). 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones. falta de diagnóstico sobre las malformaciones del feto; responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva; interrupción del embarazo. daños derivados. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 50, 841-860.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2004). Artículo 29 Código Civil. *Comentarios al Código Civil Tomo I, Vol. 3.º*: Artículos 17 a 41 del Código Civil (2.ª edición), dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART. Edersa. Madrid, 2004, consultado en <https://app.vlex.com/#WW/vid/229884>
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (1997). *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.AU. Madrid.

- CAPILLA RONCERO, F. (1995) voz «Personalidad». *EJB* T.III. Madrid. Civitas (pp. 4871-4872)
- CARBONELL MATEU, J.C (2016). Homicidio y sus formas (I): homicidio. En *Derecho Penal. Parte Especial*. 5.^a ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CASTÁN VÁZQUEZ J.M. (1960) *La Patria Potestad*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984) *Derecho Civil de España. T. II*. Ed. Civitas. Madrid.
- DIAZ ALABART, S. (1991). Comentario al art. 644 CC». En *Comentario del Código Civil*, T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid (pp. 1632-1634).
- DIAZ ALABART, S. (1990). Comentario al artículo 644 CC. En *Comentarios al Código Civil Tomo VIII, Vol. 2.º: Artículos 618 a 656 del Código Civil*. Edersa, consultado en <https://app.vlex.com/#WW/vid/254140>
- GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de Derecho civil*, t. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GARCIA RUBIO M.P. (2013). La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* 14/2013, 83-108.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013-a). Art. 29 CC. En *Comentarios al Código Civil: T. I (Arts. 1 a 151) / coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch (pp. 481-516).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013-b). Art. 30 CC. En *Comentarios al Código Civil: t. I (Arts. 1 a 151) / coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch (pp. 517-528).
- GUTIERREZ SANTIAGO, P. (2018). Responsabilidad médico-sanitaria por daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona». *Revista Boliviana de Derecho* n.º 26, 18-57.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.) (2010). *Elementos de Derecho Civil*, 1-2.º, 6.^a ed. Ed. Dykinson, Madrid.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2001). Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción. *Boletín del Ministerio de Justicia* Año 55, n.º 1906, 3799-3808.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1951). La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre. *REP*, vol. IX.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1960). *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona. Ed. Bosch.
- LLEDO YAGÜE, F. (2017). La determinación de la filiación y la presunción de paternidad. En *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paternofiliales, adopción y potestad parental*. VVAA. Madrid. Ed. Dykinson
- LORCA NAVARRETE, A.M. (2000). *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I. Ed. Lex Nova. Valladolid.
- MACÍA MORILLO, A. (2003) *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tesis doctoral inédita. UAM. <http://hdl.handle.net/10486/4418>
- MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. (2007). Sentencia de 18 de mayo de 2006: Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down.

- El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. Wrongful birth y wrongful life». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 73, 517-544.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2011). Artículo 30. Concepción civil del nacimiento. En *Código civil comentado* / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.), Vol. 1 (pp. 279-284).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Comentario a los artículos 29 a 34 del Código civil (Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil de las personas naturales). En *Comentarios al Código civil, t. II, vol. 1.º*. J. Rams Albesa (coord.) y R. M.ª Moreno Flórez (coord. adj.). Barcelona, J.M. Bosch Editor (pp. 239-351).
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2012). Más allá del acogimiento de menores, incapacitados, tercera edad y “nasciturus”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 88, n.º 734, 3213-3240.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. (1991). *El acogimiento de menores*. Ed. Bosch. Barcelona
- NANCLARES VALLE, J. (2011). Comentario a los arts. 112 a 126 del Código Civil. En AA.VV., *Código Civil Comentado*. Cañizares Laso, A. et al. (dirs.), Vol. 1, Ed. Aranzadi. (pp. 647-650).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los arts. 108 a 141 CC. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I. Ed. Tecnos. Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 17 del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Diaz Alabart, T.I, Vol. 3, Madrid,
- POLO ARÉVALO, E.M. (2007). Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en Derecho Romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente código civil. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 11, 719-739.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.ª.C.(2012) *La determinación judicial de la filiación*. Editores: J.M. Bosch Editor, Barcelona
- RIBAS ALBA, J.M. (2011). Persona: génesis de un concepto jurídico y teológico. Quinto Mucio Escévola, Cicerón, Pablo de Tarso, Gayo, Tertuliano. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, n.º. 9, 2011.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: (1991). Comentario al art. 120 y 122 CC. En *Comentario del Código Civil, T. I*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, (pp. 460-467 y 469-470).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª. (2011). Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, *Tratado de derecho de la familia* / Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. 6, (Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia), págs. 765-896.
- SENTÍS MELENDO, S. (s.f.) Prólogo a la séptima edición argentina de la obra de Osorio y Gallardo, A. *El Alma de la Toga*, Biblioteca jurídica Praxis. Praxis Ediciones.
- SESTA, Michele. (2012). Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana. En *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Moreno Martínez, J.A. (Coord.) Ed Dykinson. Madrid (pp. 409-436)

- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G. (1987). Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido. *La Ley*, n.º 2, 1100-1117.
- TORRELLES-TORREA, E. (2014). La donación en el Código Civil Español: notas sobre la capacidad de las partes. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) n.º 129, 355-386.
- TRINCADO AZNAR, JM. (2022). *Invalidez del negocio dispositivo sobre inmuebles: desde una perspectiva comunicacional*. Tesis Doctoral. Madrid, 2022. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=s7AxRYBGQaM%3D>
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Ed. Colex. Madrid.
- VERDERA SERVER, R. (2013). Artículo 122. *Comentarios al Código Civil: tomo I (Arts. 1 a 151)* / coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tirant lo Blanch, (pp. 1290-1299).

NOTAS

¹ Sobre el concepto de persona, su evolución histórica y las principales teorías sobre la persona puede verse más ampliamente Trincado Aznar, 2022:192-213.

² Desde una visual constitucional, el TC niega al *nasciturus* personalidad jurídica e, indirectamente, la condición jurídica de persona. Así, ha negado al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida llegando a señalar en su STC 116/1999 [y, recientemente, en la STC 44/2023] que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 CE porque si bien la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico protegido en dicho precepto constitucional, (STC 53/1985; STC 44/2023) ello no significa que al *nasciturus* le corresponda la titularidad de dicho derecho a la vida. El *nasciturus* es un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta, reconociendo el TC que «*la vida es una realidad desde el inicio de la gestación*» (STC 53/1985). Por su parte, señala la STC 53/1985 que la Comisión Europea de DDHH en su decisión de 13/5/1980 ha puesto de manifiesto que cuando el art. 2 del CEDH de 4/11/1950 afirma que «el derecho de toda persona a la vida (*everyone o toute personne*) en sus versiones inglesa y francesa) *está protegido por la Ley*» dicho Convenio «*se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (F.J. 9 y 17)*». En parecido sentido se ha manifestado el TEDH en sentencia de 8/7/2004 que llega a señalar [§ 85] que: «*el Tribunal está convencido de que no es deseable ni siquiera posible actualmente responder en abstracto a la cuestión de si un niño por nacer es una ‘persona’ en el sentido del art. 2 del Convenio*». Posteriormente, en la Sentencia Evans contra Reino Unido, de 7/3/2006 el TEDH insiste en que, a falta de un consenso europeo sobre la definición jurídica y científica del inicio de la vida, debe reconocerse a los Estados un margen de apreciación al respecto. Y, finalmente, la STC 44/2023, de 9 de mayo, ha terminado por considerar la interrupción voluntaria del embarazo, al menos en los plazos señalados en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, un derecho de la mujer gestante amparado en el art. 10.1 CE, que consagra “la dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad”, y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral”, suponiendo la imposición de una maternidad forzada, dice dicha resolución, una instrumentación de la persona contraria al art. 15 de la CE.

³ La palabra «personalidad» es polisémica porque no tiene un valor técnico jurídico exacto en nuestro Derecho por lo que es imposible dar una noción técnica y unívoca de personalidad (CAPILLA RONCERO, 1995: 4871-4872). Así todo, la mayoría de la doctrina considera la personalidad como la cualidad de ser persona (STORCH DE GRACIA, 1987:1109; ALISTE SANTOS 2011: 85 y 89.) o la cualidad de ser en el mundo del derecho (STORCH, 1987:1100) y, por tanto, entienden que es única porque se dirá la personalidad —cualidad de ser persona— es un *quid simple* mientras que la capacidad es un *quantum* por lo que «*se puede ser, como persona, más o menos capaz; pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente*» (STORCH, 1987: 1109).

⁴ Mas ampliamente sobre dichos antecedentes TRINCADO AZNAR, 2022: 222, n. 1258.

⁵ El CC al regular al *nasciturus* (arts. 627, 644.1, 745, 959-967) está pensando en la tutela de sus derechos patrimoniales (STORCH, 1987: 1113) aunque, como veremos en este trabajo, puede extenderse también a las relaciones personales o extrapatrimoniales.

⁶ En contra, considera GARCÍA RUBIO (2013: 92) que la nueva versión del art. 30 CC, donde desaparece la referencia a los «efectos civiles», implica que la consideración de persona del nacido con vida lo será a todos los efectos.

⁷ Así, como indica el AAP Madrid 11/2008, 9-1-2008 [núm. de recurso: 638/2007], la LEC de 2000 «regula la capacidad para ser parte en un proceso en el art. 6, reconociéndosela, entre otras, a las personas físicas, al concebido y no nacido y a las personas jurídicas». Como señala Lorca Navarrete: «con la LEC se da el paso que definitivamente se debió dar en 1881 al reivindicar para el Derecho procesal la autonomía conceptual de la personalidad procesal que nunca se debió ubicar en las fuentes civilistas» (2000:120).

⁸ Cabría argumentar, a favor de la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 LEC, el argumento de que, si no se reconoce, ex art. 29 CC, al concebido capacidad jurídica sustantiva difícilmente podrían sostenerse pretensiones fundadas en nuestro Derecho favorables al concebido ya que el demandado alegaría inmediatamente falta de legitimación del concebido que interpone demanda (ALISTE, 2011:134). Este problema puede solucionarse de dos maneras: o reconociendo al nasciturus capacidad jurídica civil mediante la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 (teoría que considero más aceptable) o considerando que el nasciturus tiene capacidad jurídica porque sigue vigente la Ley III, Tit. XXIII, P. IV (*ibid.* p. 135) lo que considero criticable porque la materia «De las Personas» ya ha sido regulado por el CC (Libro Primero) con mayor o menor detalle y con mejor o peor fortuna y, por tanto, toda la legislación anterior fue derogada (art. 1976 CC).

⁹ Dicha STS 22/01/1999 fue recurrida en amparo desestimando el TC dicho recurso por STC 50/2002, 25 de febrero de 2002 [ECLI: ES:TC:2002:50]. Reiteran la doctrina contenida en dicha sentencia del TS, la STS 2252/2001, 29-11-2001 [ECLI: ES:TS:2001:9375] y en nuestra jurisprudencia menor la SAP Madrid 271/2013, 1-4-2013 [ECLI: ES: APM:2013:6252] y el AAP Castellón 18/2018, 5-1-2018 [ECLI: ES: APCS:2018:4A]

¹⁰ STS 29/11/2001 (TOL2.047.036); STS de 22/01/1999, Sala 2.^a (TOL5.134.742).

¹¹ La regla se halla formulada en diversos textos romanos [p.ej. D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26; D. 50, 16, 231], pero —dice POLO ARÉVALO— el fragmento más claro al respecto es el contenido en las Instituciones de Gayo [I, 147] relativo a la tutela testamentaria al indicar que al póstumo se le puede designar tutor en testamento ya que «*in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur*» (en POLO ARÉVALO, 2007: 725-726).

¹² En este sentido, por ejemplo, señala CABANILLAS que «*lo favorable ha de ser para el concebido y no para un tercero*» (2004).

¹³ Véase en dicho sentido la doctrina cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 488, n. 28.

¹⁴ Como señala Aliste el término del art. 7.3 LEC con el potencial simple «*representarían si ya hubieren nacido*» expresa que, dado que el nasciturus no ha nacido, no puede hablarse propiamente de representación por lo que comparecerán las personas que en un futuro próximo tendrán la representación, pero que ahora no la tienen [ALISTE, 1992: 145-146; en parecido sentido, ARROYO I AMAYUELAS niega que pueda existir representante del nasciturus porque la patria potestad sólo alcanza a los hijos nacidos no emancipados (1992: 47 y 48)].

¹⁵ En la RDGRN de 29-7-1999 [«BOE» núm. 217, de 10-9-1999] se debatió la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar realizada por uno de los cónyuges en un convenio de separación aprobado judicialmente a favor de sus hijos (uno nacido y el otro concebido y no nacido). Pero el debate no se centró en si el nasciturus podía ser cesionario de dicho bien (que era obvio), sino solo si era exigible, al tratarse de inmuebles, escritura pública o bastaba testimonio de la sentencia de separación aprobando el convenio regulador. El Registrador había denegado la inscripción por no constar la cesión en escritura pública (art. 633 CC y 3 LH), pero la DGRN estimó el recurso gubernativo contra dicha calificación por diversas razones entre las que destacan, en primer lugar, que el convenio regulador de separación produce plenos efectos jurídicos una vez

aprobado judicialmente (art. 90 CC); en segundo lugar, que el contenido de dicho convenio no contenía cláusulas extravagantes o extrañas; y en tercer lugar, que tratándose de un convenio judicialmente aprobado no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora «revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios»

¹⁶ El representante no puede obligar al donante a entregarle hasta el nacimiento los bienes donados que, hasta ese momento, quedan en situación de pendencia. Si aun así el donante entrega voluntariamente los bienes donados antes del nacimiento y este no llega a producirse, se restituirán con los frutos y rentas generadas desde el momento de la entrega. Producido el nacimiento en las condiciones previstas en el art. 30 CC, la titularidad se consolida con eficacia desde la aceptación por parte de los representantes (*ibid.* pp. 380 y ss.).

¹⁷ Invoca dicho fundamento del art. 644.1 CC la STS 494/1989, 22-06-1989 [ECLI: ES:TS:1989:15716] que considera dicho precepto ajustado a la Constitución.

¹⁸ Disponía dicho artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en la redacción derogada por la DD de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre que «*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*»

¹⁹ STS 30/06/2006. Sala: 3.ª Sección: 6.ª núm. recurso: 217/2005 TOL998.513.

²⁰ Dicha teoría de los cursos causales no verificables con la inversión de la *onus probandi* que conlleva fue aceptada por la STS [1] de 6-6-1997 que estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada que había impedido a la progenitora abortar y abandonada por las SSTS de 4-2-1999 y 7-6-2002 en las que no se consideró probado que la madre, de conocer las malformaciones del feto, hubiera abortado.

²¹ Se oponen, entre otros, a admitir las acciones *wrongful life* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1999: 841-860; y MARTÍN-CASALS/SOLÉ FELIÚ, 2007: 517-544.

²² En el ámbito penal la SAP Castellón [3.ª] de 3-9-2002 (Roj: SAP CS 1013/2002) afirma que el hijo no nacido puede sufrir daño moral por la muerte de su padre porque, aunque «*no sufrió el provocado por la pérdida directa, sí sufrió el de la ausencia permanente de su padre con todo lo que emocionalmente ello conlleva, por tal motivo su daño moral también debe ser resarcido*».

²³ No nos centramos, por no ser objeto de este trabajo, en la indemnizaciones que corresponden a la gestante por pérdida del nasciturus en accidente de circulación si bien cabe señalar que el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial sobre la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de circulación y protección de los Derechos de las víctimas en el Ámbito de la Siniestralidad Vial señala que «*Al igual que en caso de muerte la pérdida del nasciturus se resarce como perjuicio particular con un importe fijo en atención al tiempo de gestación sin que precise concurrir con otras lesiones o secuelas. La indemnización corresponde a la mujer embarazada, cuando sería más lógico que se reconociese a ambos progenitores por la repercusión en el proyecto de vida familiar que representa el feto. Recuérdese que en caso de fallecimiento de la embarazada la indemnización por pérdida del feto corresponde al cónyuge (art. 76).*» Vide también arts. 76 (Perjuicio particular por fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto) y 111 (Pérdida de feto a consecuencia del

accidente) RD Leg. 8/2004 que se aprueba el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

²⁴ SAP Córdoba 25.9.1997, cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 501, n. 95.

²⁵ Véase más ampliamente sobre el tema GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 502-503.

²⁶ En el mismo sentido, adopta medidas respecto del nasciturus o confirman o no revocan las ya adoptadas por el juzgado de primera instancia entre otras la SAP de Alicante [Secc. 4.ª] 27/10/2005 (TOL855.173); SAP Las Palmas [3.ª], de 21/12/2007 (TOL7.353.817); SAP de Madrid, [24.ª] de 17/12/2009 [TOL1.952.406]; SAP Las Palmas [3.ª] 03/12/2014 (TOL4.780.662) donde alude a un convenio regulador que ya preveía medidas para la “nasciturus”; SAP Castellón [2.ª] de 11/01/2016 (TOL5.759.851); SAP Madrid [22.ª] de 08/10/2020 (TOL8.251.598); SAP [1.ª] Salamanca de 30/06/2021 (TOL8.609.612) sobre modificación de medidas;

²⁷ Así, entre otros muchos ejemplos, la SAP de Madrid, [24.ª] de 16/02/2010 (TOL1.870.381) recoge el fallo de la SJIPI 23 de Madrid de 9-3-2009 que contenía una profusa relación de medidas que detalla (sobre guarda y custodia, ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, pensión de alimentos, gastos extraordinarios etc.) con relación al nasciturus. Asimismo, la SAP Madrid [24.ª] de 16/02/2004 (TOL7.800.345) recoge la parte dispositiva del auto del JPI 3 de Aranjuez de 4-9-2.003 que fijaba una pensión mensual de alimentos a favor del nasciturus de 400 euros mensuales a partir del momento de su nacimiento.

²⁸ Así CASTÁN VÁZQUEZ (1960: 167) quien señala que siendo la patria potestad una consecuencia de la filiación, no puede hablarse de patria potestad sobre alguien cuya filiación no puede establecerse porque, de admitirse, dicha patria potestad constituiría un poder sin sujeto pasivo, ya que no existe el hijo sobre el que debería ejercerse, y sin sujeto activo, puesto que no puede hablarse de padre al no haber paternidad.

²⁹ SAP Toledo, Sección 2.ª, núm. 315/2003 de 31 jul. 2003, Rec. 194/2003

³⁰ Así, p.ej. se muestran contrarios, *lege lata*, al acogimiento al *nasciturus* entre otros MAYOR DEL HOYO, 2012: 3330; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000:282. No obstante, en posición minoritaria parece defender dicho acogimiento MÉNDEZ PÉREZ, 1991:141 y ss.

³¹ Véase en este sentido la doctrina citada por MAYOR DEL HOYO, 2012: 3230 n. 43.

³² Señala GUTIÉRREZ SANTIAGO que a pesar de que el art 172.1 pfo 2 al definir legalmente que ha de entenderse por situación de desamparo alude al «menor» y que el desamparo pareciera exigir un desprotección de hecho y real del menor incompatible con el hecho de que aún no haya nacido numerosas resoluciones administrativas, después ratificadas judicialmente, aprecian la situación de desamparo del nasciturus cuando las condiciones económicas, laborales, psicológicas o familiares de sus progenitores no permiten garantizar que aquellos puedan hacerse cargo del futuro hijo. (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:510-511).

³³ Existen numerosos otros ejemplos en nuestra jurisprudencia menor que resuelven sobre oposiciones de la madre biológica a resoluciones administrativas que acordaban el desamparo preventivo del nasciturus y su retención hospitalaria. Así por ejemplo la SAP de Girona [2.ª] 19/04/2021 TOL8.480.345 desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que confirmaba las resoluciones administrativas de desamparo preventivo del nasciturus. O la SAP de Girona [2.ª] 08/07/2021 [TOL8.573.329] estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que confirmaba las resoluciones administrativas de desamparo preventivo del nasciturus atribuyendo a la progenitora demandante un régimen de visitas para con su hija menor, de hora y media en sábados alternos.

³⁴ Así señala NANCLARES VALLE (2011:650) que, aunque la cuestión es discutible, «admitir la creación de nuevas excepciones (más allá de las previstas en el propio art. 122 CC) a la aplicación de una norma prohibitiva como ésta podría contradecir la intención del legislador y desvirtuar el sentido de la norma».

³⁵ Mas ampliamente sobre dicha sentencia en GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:513.

³⁶ No obstante, pueden verse apuntadas más teorías intermedias en DE CASTRO, 1984:398 n. 3.

³⁷ RDGRN de 23 de mayo de 2007 [BOE de 15-6-2007]. En el mismo sentido, RDGRN de 31 de marzo de 1992; RDGRN de 12 de julio de 1993; RDGRN de 7 de septiembre de 2001 y de 7.9.2001 y 26.12.2002.

*Trabajo recibido el 4 de mayo de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*

ESTUDIO LEGISLATIVO

Régimen jurídico aplicable al alquiler y al subarriendo de habitaciones destinados a vivienda permanente¹

Legal regime applicable to the rental and subletting of rooms intended for permanent housing

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En los últimos años se ha producido un crecimiento del alquiler de habitaciones destinado a vivienda permanente, a causa, fundamentalmente, de los altos precios que presentan los arrendamientos en relación con el nivel de ingresos de muchos ciudadanos. Sin embargo, esta modalidad de alquiler carece de una normativa propia. Ante la falta de una posición unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia menor, en este trabajo se estudia cuál es el régimen jurídico aplicable al arrendamiento, pero también al subarriendo de habitación con esta finalidad, tanto si quien alquila es el arrendatario de vivienda, como si es el arrendatario para uso distinto del de vivienda. Asimismo, se expone la propuesta de regulación de este contrato que ha redactado la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Derecho privado de Cataluña.

ABSTRACT: In recent years, there has been a growth in the rental of rooms for permanent housing, mainly due to the high rental prices in relation to the income level of many citizens. However, this type of rental has no regulations. In the absence of a unanimous position neither in the doctrine nor in the minor jurisprudence, this paper studies the legal regime applicable to the lease, but also to the sublease of room for this purpose, both if who rents is the tenant of housing, as if it is the tenant

for use other than housing. The proposed regulation of this contract, drafted by the Obligations and Contracts Section of the Codification Commission of Private Law of Catalonia, is also presented.

PALABRAS CLAVE: Contrato de arrendamiento. Arrendamientos urbanos. Subarriendo. Vivienda habitual. Habitaciones. Contrato de hospedaje. Derecho de habitación. Espacios comunes compartidos. Derecho catalán.

KEY WORDS: *Lease contract. Urban leases. Subletting. Habitual dwelling. Rooms. Accommodation contract. Right to a room. Shared common spaces. Catalan law.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: 1. ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. 2. DERECHO DE HABITACIÓN. 3. ALOJAMIENTOS CON ESPACIOS COMUNES COMPARTIDOS.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN DESTINADO A VIVIENDA PERMANENTE: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. 3. ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA. 4. ARRENDAMIENTO SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN DESTINADO A VIVIENDA PERMANENTE: 1. EL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN PARA VIVIENDA PERMANENTE CELEBRADO POR EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA. *A. El subarriendo de alguna o algunas de las habitaciones de la vivienda. B. El subarriendo de toda la vivienda.* 2. EL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN PARA VIVIENDA PERMANENTE CELEBRADO POR EL ARRENDATARIO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.—V. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIONES EN EL DERECHO CATALÁN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La dificultad de acceso a una vivienda alquilada, provocada fundamentalmente por sus altos precios en relación con el nivel de ingresos de muchos ciudadanos², ha llevado a la proliferación del alquiler de habitaciones como vivienda permanente del arrendatario, sobre todo entre colectivos vulnerables y entre jóvenes que encuentran en este modo colaborativo o participativo de convivencia una vía para independizarse.

Una buena muestra de esta realidad la encontramos en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025³. El “Bono Alquiler Joven” tiene

por objeto facilitar el disfrute, no solamente de una vivienda, sino también de una *habitación* en régimen de alquiler o de cesión de uso a las personas jóvenes con escasos medios económicos, mediante el otorgamiento de ayudas directas a las personas arrendatarias o cesionarias (art. 1.1). Para la obtención de tal ayuda, es preciso que la vivienda o *habitación* arrendada o cedida constituya la *residencia habitual y permanente de la persona arrendataria o cesionaria* (art. 7). También el “Programa de ayuda al alquiler de vivienda” y el “Programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico”, dentro del *Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025*, dotan de ayudas directas a las personas arrendatarias o cesionarias ya sea de vivienda o de *habitación* en régimen de alquiler o de cesión de uso en favor de sectores de población con escasos medios económicos (arts. 26 y 51) ⁴. Como en el “Bono Alquiler Joven”, entre los requisitos que se precisan para ser beneficiario de dicha ayuda, se exige que la vivienda o *habitación* arrendada o cedida constituya o vaya a constituir la *residencia habitual y permanente del arrendatario o cesionario* [arts. 27.1.b) y 53.1.c)] ⁵.

En la gran mayoría de los casos, el arrendamiento recae sobre una habitación amueblada, y junto al alquiler de la habitación o habitaciones en exclusiva, se concede un derecho al uso compartido de las dependencias de las que se sirven simultáneamente los restantes ocupantes de la vivienda, como es el cuarto de baño y la cocina, debiendo el arrendatario abonar una renta y el importe de los gastos por los servicios utilizados (agua, electricidad y gas). A veces, a todo ello se suma la prestación de ciertos servicios complementarios, como es la limpieza de zonas comunes o el lavado de la ropa.

Cuando quien alquila es el propietario de la vivienda, normalmente la habitación arrendada forma parte de la casa donde vive él mismo, solo o junto a su familia, que pasa a convivir con el arrendatario o los arrendatarios. Esto hace que puedan generarse conflictos en la relación arrendaticia que no se dan en el arrendamiento de la vivienda completa. Del mismo modo, si el propietario alquila diferentes habitaciones de una vivienda en la que él no vive, los conflictos se pueden dar entre los arrendatarios de las habitaciones. Por eso, en algunas ocasiones, los inquilinos asumen el cumplimiento de ciertas normas disciplinarias que se acompañan al contrato para regular el uso de las zonas comunes y ordenar la convivencia.

Tratándose de un subarriendo celebrado por el arrendatario de vivienda, se exige dicha convivencia con el arrendador, ya que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) solo admite el subarriendo parcial, pues el destino primordial del arrendamiento ha de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de las personas señaladas en el artículo 7 LAU, con las matizaciones que expondremos más adelante⁶.

Nuestra legislación arrendaticia no regula de forma expresa estos alquileres y el problema radica en determinar cuál es su régimen jurídico: el de la Ley de Arrendamientos Urbanos o el del Código Civil. Y en el primer caso, el del arrendamiento de vivienda, con su característico régimen tuitivo del arrendatario, o el propio del arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Las numerosas sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales sobre el arrendamiento de habitaciones ponen de manifiesto la generalización de esta modalidad de contratación, cuya principal causa de litigiosidad radica en la falta de determinación expresa de su régimen legal⁷, lo que se cuestiona en la mayoría de los casos en procedimientos de desahucio por expiración del plazo pactado, en los hay que determinar con carácter previo cuál es la duración de esos contratos. Si el arrendamiento de habitaciones está sometido a la normativa del arrendamiento de vivienda de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el contrato tendrá una duración mínima, a voluntad del arrendatario, de hasta 5 años si el arrendador es persona física, y hasta 7 años si el arrendador es persona jurídica (art. 9 LAU). Además se aplicarán las prórrogas del contrato previstas en el artículo 10 LAU. Por el contrario, si el arrendamiento queda excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y por tanto regido por el Código Civil, o bien sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero a las normas de los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, la duración será la pactada por las partes (arts. 1565 CC y 4.3 LAU); finalizado el período pactado, el contrato se extingue (arts. 1569 y 1581 CC). Además, no procederían las prórrogas que contempla el artículo 10 LAU⁸.

Por otra parte, si la normativa a aplicar es la del arrendamiento de vivienda, y la habitación es la vivienda familiar del arrendatario, contamos con la protección recogida en los artículos 12 y 15 LAU, que tratan de garantizar la continuidad en ella del cónyuge no titular del arrendamiento cuando el único titular del contrato desiste del mismo, no quiere renovarlo o abandona la vivienda (art. 12 LAU); o bien los cónyuges se separan judicialmente, se divorcian o se decreta la nulidad del matrimonio, y el uso de la vivienda se adjudica al que no contrató (art. 15 LAU). Esta protección también se manifiesta en caso de fallecimiento del arrendatario, pues cabe la subrogación en el contrato del cónyuge del arrendatario o de sus descendientes que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes; circunstancia esta que también se exige para los ascendientes del arrendatario, hermanos y parientes en los que concurran las condiciones señaladas en el artículo 16.1.f) LAU. Lo dispuesto en los artículos 12 y 16 LAU a favor del cónyuge será también de aplicación a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran

tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia [arts. 12.4 y 16.1.b) LAU].

Sin embargo, si el contrato de arrendamiento de habitación se rige por el artículo 4.3 LAU o por el Código civil, no hay una protección del arrendamiento en cuanto vivienda familiar, de forma que si el arrendatario titular del contrato manifiesta su voluntad de no renovar el contrato o de desistir sin consentimiento del cónyuge o pareja no casada que conviviera con él—en los términos del artículo 12.4 LAU—, o si dicho arrendatario abandona la habitación que constituye la vivienda familiar sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, o fallece, el arrendador no está obligado a mantener el contrato en beneficio del cónyuge o de la pareja no casada no titular del contrato—o de las personas que señala el artículo 16.1 c), d) y f) en caso de muerte del arrendatario—. Y lo mismo en caso de nulidad, divorcio o separación judicial del matrimonio del arrendatario.

Asimismo, si se rige por el Código Civil, el arrendatario no está obligado al pago de la fianza (art. 36.1 LAU), ni el arrendador a su depósito (disp. adic. tercera LAU), como se dispone para el arrendamiento urbano. El pago o no de fianza estará sometido a la autonomía de la voluntad.

Y lo mismo diremos ante la falta de aplicación del artículo 13 LAU relativo a la resolución del derecho del arrendador y el artículo 14 LAU sobre la enajenación de la vivienda arrendada. De acuerdo con estos preceptos, se mantiene subsistente la relación arrendaticia en los términos fijados en tales artículos en caso de resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra (art. 13 LAU) y en caso de enajenación de la vivienda arrendada (art. 14 LAU). De calificarse como arrendamiento para uso distinto del de vivienda, habría que acudir al artículo 29 LAU que, a falta de pacto en contrario, dispone que el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH. Sin embargo, de acuerdo con el Código civil, el contrato se extingue al verificarse la venta de la finca arrendada (art. 1571 CC), salvo pacto en contrario, y no se contiene ninguna previsión respecto al resto de causas previstas en el artículo 13 LAU, lo que nos parece más conforme con el arrendamiento de habitación.

Si se trata de arrendamiento de vivienda, el régimen aplicable a las obras se regirá por los artículos 21 a 23 LAU, preceptos todos ellos aplicables, a falta de pacto en contrario, si se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda por la remisión del artículo 30 LAU. De someterse al Código civil, en defecto de pacto de las partes, se acudiría a los artículos 1554.2.º, 1558, 1559.2 y 3 y 1573 CC.

Igualmente, si se rige por el artículo 4.3 LAU o por el Código civil, no serán de aplicación las previsiones de los artículos 17 a 20 LAU sobre la renta, sino que se regularía por el pacto de las partes.

Si se somete a las normas del arrendamiento de vivienda, el arrendatario no podrá subarrendar la habitación, pues solo se admite el subarriendo parcial, no el total. Cabría entender como subarriendo parcial el celebrado por el arrendatario con un tercero para compartir la habitación, pero se requeriría el consentimiento escrito del arrendador. Asimismo, solo se podría ceder el contrato con tal consentimiento (art. 8 LAU).

Por el contrario, si se somete al Código civil, cuando no se diga nada, el inquilino puede subarrendar en todo o en parte la habitación alquilada (art. 1550 CC). Y lo mismo si estimamos que se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda, por el carácter supletorio del texto codicial⁹.

II. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

1. ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN CON PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

A los efectos de delimitar nuestro objeto de estudio, debemos distinguir entre el mero alquiler de habitación con uso compartido de estancias comunes, y el contrato en el que además se prestan servicios complementarios, como limpieza de la habitación arrendada o de las zonas comunes, lavado y planchado de ropa, comida, etc. La doctrina dice que entonces estamos ante un contrato atípico de hospedaje¹⁰.

El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (en adelante, TRLAU 64) regulaba esta cuestión en relación con el subarriendo de vivienda en el artículo 21, para declarar inaplicable el régimen del subarriendo a la hipótesis en que el inquilino ejerciera en la vivienda la industria doméstica de hospedaje (hecho por el no perdía aquel el carácter de contrato de inquilinato: art. 4.1)¹¹, y requerir autorización expresa y escrita del arrendador si los huéspedes eran más de dos. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 no se refiere al ejercicio por el propietario ni por el arrendatario —para el caso de subarriendo— de una industria doméstica de hospedaje¹².

Es en la prestación de ciertos servicios complementarios donde radica su diferencia con el simple arrendamiento o subarriendo de habitación, en que se permite la utilización de muebles y enseres, pero el propio inquilino atiende a sus necesidades de limpieza y arreglo de habitaciones¹³. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1995¹⁴, “debe recordarse la naturaleza compleja del contrato de hospedaje como un contrato de tracto sucesivo en el que

se combina arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que se introducen⁹. Y precisamente, dicha calificación del contrato de hospedaje como contrato complejo¹⁵ supone su exclusión del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos¹⁶.

Que la naturaleza jurídica del contrato sea de alquiler de habitaciones o de hospedaje se plantea en la jurisprudencia más reciente fundamentalmente en relación con la posibilidad de que estemos ante una actividad prohibida por los Estatutos de la Comunidad de propietarios de la vivienda o local en el que se desarrollan tales negocios jurídicos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 2021¹⁷ abordó este tema en un caso en que la Comunidad demandó a uno de los propietarios porque en el local de su propiedad llevaba a cabo una actividad consistente en el alquiler individualizado y por separado de cada una de las nueve habitaciones que lo componían, con uso compartido de aseo y cocina, por entender que tal actividad era contraria a los estatutos comunitarios. Tras aceptar, por no haber sido cuestionada por las partes, “que la actividad desarrollada por la entidad demandada no constituye una actividad de hospedería, sino un arrendamiento de habitaciones, sujeto, con carácter general a las disposiciones del Código civil”, la Audiencia Provincial estima que tanto el contenido de los anuncios de alquiler, como los contratos suscritos por la demandada, evidencian que “la finalidad de tales negocios jurídicos viene constituida, bajo el presupuesto de la compartición del uso de la vivienda con terceros, por la satisfacción de la necesidad personal, primaria, ordinaria y permanente de vivienda —de lugar para morar o vivir— por parte del arrendatario. Finalidad propia y consustancial al arrendamiento de vivienda, que no es más que la cesión del goce o uso de una edificación habitable, por tiempo determinado y precio cierto (artículo 1543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Tal finalidad —que también cabe apreciar en aquellos supuestos en los que varias personas, de común acuerdo, deciden suscribir un contrato de arrendamiento sobre una vivienda para compartir su uso— no contradice, en absoluto, el destino que los Estatutos de la Comunidad de Propietarios demandante reconoce a todos los elementos privativos que integran la propiedad horizontal del edificio: servir de vivienda al titular —bien al titular dominical, bien al titular arrendaticio— del correspondiente elemento privativo. Debiendo tenerse presente, en este punto, que la cesión del goce o uso de las habitaciones de las que consta la vivienda lleva inherente el derecho al uso común de las otras estancias o dependencias del inmueble que carezcan de la condición de habitaciones”. Y continúa diciendo: “Cuestión distinta —y que rebasa, en puridad, el ámbito objetivo del presente proceso— es que la finalidad perseguida con la cesión del goce o uso de la habitación fuera la satisfacción

de una necesidad ocasional o esporádica de vivienda —con independencia de su duración temporal— por parte del arrendatario; pues es evidente que en tal circunstancia, la actividad desarrollada en el elemento privativo podría, indudablemente, calificarse como de hospedería, en cuanto supone dar alojamiento a una persona, proporcionándole, y manteniéndola en el uso exclusivo y disfrute pacífico de una habitación durante el tiempo convenido, con independencia de que, además, puedan prestarse otros servicios complementarios. Actividad que, indudablemente, prohíben, de modo expreso, los Estatutos de la Comunidad⁷¹⁸.

En definitiva, estima que la actividad consistente en el arrendamiento de habitaciones puede considerarse equiparable al arrendamiento de vivienda a los efectos de distinguirla del hospedaje y entender que no está prohibida por los Estatutos de la Comunidad de propietarios del edificio que establecen que los elementos privativos que integran la propiedad horizontal del edificio se han de destinar a servir de vivienda de su titular, dominical o arrendaticio. Ahora bien, cabe advertir que esto no presupone, como analizaremos a continuación, que el arrendamiento de habitaciones destinado a vivienda permanente tenga naturaleza jurídica de arrendamiento de vivienda a los efectos de determinar su régimen jurídico.

2. DERECHO DE HABITACIÓN

Debemos diferenciar también el arrendamiento de habitación del derecho de habitación del artículo 524.2 CC.

El arrendamiento de habitación constituye un derecho personal o de crédito, de duración temporalmente limitada, que nace de un contrato no formal y oneroso por el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una habitación por tiempo determinado y precio cierto, generalmente junto al uso compartido de zonas comunes.

Sin embargo, el derecho de habitación, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2012¹⁹, es “el derecho real a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para el habitacionista, y para las personas de su familia, que se rige por el título constitutivo, los artículos 523 y siguientes y las reglas del usufructo (artículo 528 del Código civil), extinguiéndose por las mismas causas que este (artículo 513 del Código civil) y, además, por abuso grave y si bien no es precisa su constitución en documento público, conforme al principio de libertad de forma, sí requiere el nacimiento del derecho un acto expreso más o menos solemne, caracterizando tal derecho su temporalidad, gratuidad, en principio, e intrasmisibilidad, habiendo señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2001 que «el derecho de uso, se trata de un

derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en normas de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena; pero no es en modo alguno derecho perpetuo e inextinguible»”.

3. ALOJAMIENTOS CON ESPACIOS COMUNES COMPARTIDOS

El Decreto-ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler de la Generalitat de Cataluña²⁰ modificó la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda catalana, e introdujo la figura del “alojamiento con espacios comunes complementarios” para dar respuesta a la demanda de vivienda con elementos de uso compartido.

Son un tipo de viviendas que tienen una superficie privativa inferior a la establecida para el resto de las tipologías de vivienda, y que dispone de unos espacios comunes complementarios que se encuentran en el mismo edificio²¹ y que no tendrán que estar en régimen de propiedad horizontal²².

Estos espacios comunes complementarios se definen como espacios de uso compartido de un edificio que complementan el uso y disfrute de los espacios privativos, distintos de los elementos comunes de todos o parte de las viviendas o alojamientos que comprende el edificio²³.

La Exposición de Motivos del Decreto-ley 50/2020, de 9 de diciembre, dice que “la nueva regulación de los alojamientos con espacios comunes complementarios debe permitir desarrollar nuevas fórmulas de vivienda de alquiler, con una importante demanda, pero que hoy no tienen encaje en el actual marco normativo porque no las prevé. Estas nuevas tipologías de vivienda compartida, esencialmente en régimen de alquiler, tienen que abaratar el coste de la emancipación de los jóvenes y dar respuesta a la creciente movilidad laboral y formativa, pero también permitir nuevas modalidades residenciales de otras franjas de población como las personas mayores”²⁴.

Como señala ARROYO AMAYUELAS, esta previsión normativa de lo que podría identificarse con el fenómeno llamado *coliving*, no va acompañada de un régimen jurídico del contrato de arrendamiento y el legislador tampoco dice si

los inmuebles están pensados para alojamiento temporal o no. Parece el primero cuando se alude a la necesidad de dar respuesta a la *creciente movilidad laboral y formativa*, pero se diría que la finalidad es la segunda al decir que se quiere *abatar el coste de la emancipación de los jóvenes* y permitir *nuevas modalidades residenciales* a las personas mayores²⁵.

En este caso no estamos ante un arrendamiento de habitación con uso compartido de espacios comunes de la propia vivienda, sino ante una modalidad de alojamiento que recae de forma exclusiva sobre una vivienda, y los elementos de uso compartido no son de la propia vivienda, sino del edificio en el que se encuentra situada.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN DESTINADO A VIVIENDA PERMANENTE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una vez delimitada la distinción del contrato de arrendamiento de habitaciones con otras figuras afines, centraremos nuestro estudio en la determinación de la naturaleza de tal contrato cuando la finalidad a la que se destina es la de vivienda permanente del arrendatario y se pacta, además del arriendo exclusivo de la habitación, el uso compartido de otras dependencias. La fijación de tal naturaleza permitirá señalar el régimen jurídico aplicable, cuestión sobre la que no existe una posición común ni en la doctrina ni en la jurisprudencia menor²⁶.

2. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Para determinar si el arrendamiento de habitación tiene naturaleza de arrendamiento de vivienda y por lo tanto queda sometido al régimen jurídico imperativo y proteccionista a favor del arrendatario del Título II de la Ley de Arrendamiento Urbanos (art. 4.2 LAU), debemos examinar si concurren en él los requisitos que señala el artículo 2. 1 LAU, que establece que su objeto ha de consistir en una edificación habitable y que su destino primordial ha de ser satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de los familiares a que se refiere el artículo 7 LAU, aun cuando aquel no viva en el mismo domicilio.

La necesidad de que se trate de una edificación excluye del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos los contratos de arrendamiento que tienen por objeto bienes que pueden ser utilizados como viviendas pero que no son edificaciones, como es el caso del arrendamiento de caravanas o de tiendas de campaña con o sin el terreno en que se asientan, aunque se utilicen como vivienda habitual²⁷.

La habitabilidad supone que la edificación alquilada debe reunir los requisitos mínimos necesarios para poder ser utilizada como vivienda, lo que se vincula con la idea de morada, sede física del inquilino, domicilio, lugar de desarrollo de su vida doméstica, etc. En este sentido, la doctrina considera que han de concurrir las condiciones de dignidad y adecuación a las que hace referencia el artículo 47 de la Constitución española para que pueda cumplir la finalidad que le ha sido asignada, por lo que debe contar con las instalaciones o dependencias mínimas para satisfacer las necesidades domésticas del arrendatario, tal como están asumidas por la sociedad²⁸: ha de tratarse de un edificio cerrado que proteja de los agentes atmosféricos, y en función de su destino, que es el de vivienda, que tal edificación permita preservar la intimidad familiar de la introspección ajena²⁹.

Además, el destino principal a que va encaminado el arrendamiento debe ser el de satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario. Por tanto, no es el hecho de arrendar una vivienda lo que determina la normativa aplicable, sino el uso a que se destina: el arrendamiento se celebra para atender la necesidad permanente de vivienda del arrendatario como residencia habitual donde desarrollar su vida, y no habitar transitoriamente. Además, la permanencia no va unida a la duración del contrato de arrendamiento, que es de naturaleza temporal, sino que lo que se califica como permanente es la necesidad de vivienda del inquilino que ve satisfecha con el arriendo³⁰.

No existen dudas a la hora de afirmar que un arrendamiento de habitación pueda constituir la vivienda permanente del arrendatario en tanto satisfaga la necesidad que tiene toda persona de contar con una vivienda habitual. Las dudas existen a la hora de determinar si concurre en este tipo de alquiler el requisito de la habitabilidad.

En opinión de FUENTES-LOJO RIUS, cuando se alquila una habitación junto a otros espacios de la vivienda, de forma exclusiva o compartida (cuarto de baño, cocina, etc.), el objeto arrendado tiene las características necesarias para servir de morada al arrendatario y estamos ante un arrendamiento de vivienda. Considera este autor que si la superficie o parte de la vivienda arrendada puede de forma autónoma, esto es, sin el resto de superficie de la vivienda que no es objeto de arriendo, cumplir con los requisitos mínimos de habitabilidad necesarios, será perfectamente incardinable dicho objeto en el concepto legal de “edificación habitable”; además, la interpretación jurídica de este concepto no puede realizarse de forma restrictiva cuando ello va en detrimento del derecho constitucional (art. 47 CE) y universal (art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) a la vivienda del arrendatario, privándole de los beneficios legales que le otorga el Título II de la LAU y que tratan de garantizar su protección jurídica³¹.

También se manifiesta en este sentido ARROYO AMAYUELAS. En su opinión, la habitación es un espacio cerrado dentro de una edificación que sí es

habitabile (está amueblado y habilitado para servir de residencia al arrendador); bastaría con ello para considerar cumplido el requisito de habitabilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que el arrendamiento también comprende el derecho a usar otros elementos del inmueble (baño, cocina, galería, terraza o balcón). Además, añade que, si el requisito de la habitabilidad también pide cumplir con la exigencia de preservar la intimidad del arrendatario, debe decirse que el uso de la habitación es siempre en exclusiva. Por lo tanto, estamos ante un arrendamiento de vivienda del artículo 2.1 LAU, cuando esta sea la finalidad a la que se destine la habitación³².

En la jurisprudencia menor se ha pronunciado en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de octubre de 2006³³. Esta resolución tiene su origen en la demanda de desahucio interpuesta por el arrendador por expiración del término pactado en un contrato verbal de alquiler de habitación con derecho al uso compartido de la cocina; demanda que se desestima por considerar el juzgador que se trata de un arrendamiento de vivienda al que resulta aplicable el plazo previsto en el artículo 9.2 LAU.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 18 de enero de 2008³⁴ abordó también esta cuestión en un caso en que el arrendador demandante solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de habitación por falta de pago de la renta; llegando a la conclusión de que se trata de un contrato comprendido en las disposiciones del arrendamiento de vivienda de la Ley de Arrendamientos Urbanos al que resulta aplicable el artículo 27.2 LAU, lo que permite al arrendador resolver de pleno derecho el contrato³⁵.

En ambas resoluciones se aduce que, cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos dice que el objeto está constituido por las fincas urbanas que se destinen a “vivienda”, nada señala sobre si el contrato ha de recaer sobre una vivienda íntegra o solo parte de ella, por lo que se ha de estimar comprendido dentro de su ámbito el alquiler de habitación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de julio de 2006³⁶ también mantiene esta postura, pero debemos destacar que el caso analizado no se refiere a un mero alquiler de habitación con uso compartido de otras estancias, sino a un arrendamiento que recae sobre dos dormitorios y un baño ubicados en la planta superior, y un salón-cocina situado en la planta baja, de manera que los servicios esenciales de habitabilidad ya están cubiertos por un alquiler que recae de forma exclusiva sobre estancias concretas, si bien también hay zonas o espacios comunes, como por ejemplo, el jardín o la sala de televisión. El tribunal desestima la pretensión resolutoria ejercitada por el arrendador fundada en la expiración del término pactado, pues entiende que debe conservar su vigencia durante el período mínimo al que alude el artículo 9.1. LAU, ya que se trata de un conjunto de habitaciones funcionalmente aptas para servir de vivienda a los arrendatarios, pues

cuentan con cocina, baño y espacios diferenciados para estar y dormitorio, amén de las zonas comunes del inmueble. Además, los inquilinos llevan viviendo allí más de tres años, lo que necesariamente significa que lo arrendado satisface sus necesidades de vivienda. Afirma que el hecho de que existan zonas o espacios comunes determina un peculiar régimen de uso del inmueble arrendado, pero no excluye que lo arrendado sea una vivienda a los efectos del artículo 2 LAU. Por otra parte, añade que no cabe alegar que lo arrendado no satisfaga las necesidades de vivienda de los arrendatarios porque no exista unidad de techo, porque sus servicios dependan de la vivienda principal o porque carezca de instalación de gas, televisión o telefonía; y concluye que tal argumento, que llevaría negar la naturaleza jurídica de arrendamiento de vivienda al supuesto enjuiciado, supone desconocer la realidad de las cosas pues es común en nuestras ciudades que se arrienden como viviendas —y a su régimen queden sujetas—, habitaciones que disponen en común, no solo la cocina, sino también otros servicios³⁷.

Resulta de especial interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2007³⁸. La cuestión litigiosa que se plantea consiste en determinar si la arrendataria de una habitación con derecho a cocina en la que vive junto a sus hijos, y donde también convive el propietario, está legitimada para ejercitar la acción de retracto contenida en el artículo 25 LAU sobre la totalidad de la vivienda que fue vendida a un tercero. El tribunal parte del sometimiento del contrato a la legislación arrendaticia urbana, pero desestima la demanda, en nuestra opinión, acertadamente, pues considera que de la interpretación de los apartados 6 y 7 de dicho precepto se deriva la imposibilidad de dar viabilidad a la acción de retracto, pues únicamente es arrendataria de parte de la vivienda. En apoyo de esta resolución, acude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de estas situaciones en relación con la legislación anterior —sentencias de 22 de octubre de 2004, 8 de octubre de 1998, 1 de junio de 1993 y 30 de junio de 1994, entre otras muchas—, según la cual no procede el derecho de retracto cuando el arrendatario lo es de una porción y no de la totalidad del bien enajenado, que constituye una unidad patrimonial y registral. Y concluye que, en este caso, las estancias ocupadas por la arrendataria, aún en el caso de que pudieran considerarse de uso independiente del resto de la casa, no constituyen una finca diferenciada de la totalidad y, en consecuencia, no puede darse lugar a un derecho de retracto independiente.

3. ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

Otras sentencias descartan que la naturaleza jurídica del arrendamiento de habitación sea la del arrendamiento de vivienda del artículo 2.1. LAU, y entien-

den que queda sometido a la legislación especial arrendaticia, pues recae sobre una edificación, si bien se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda conforme a lo previsto en el artículo 3.1 LAU, que no exige que recaiga sobre una edificación “habitabile”. En consecuencia, consideran, tal como dispone el artículo 4.3 LAU, que se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III LAU y, supletoriamente por el Código Civil.

Esta posición conduce a una regulación basada casi de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes y, a falta de acuerdo, en el Código civil, dado que el Título III, de carácter dispositivo, tiene un contenido muy limitado. Además, en nuestra opinión, la regulación de dicho Título de la Ley de Arrendamientos Urbanos no se adecúa al arrendamiento de habitación con uso compartido de estancias comunes cuando su destino es satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, salvo en lo relativo al régimen de obras (art. 30 LAU) —en la medida en que pueda adaptarse a este supuesto y a falta de previsión contractual—, y a la aplicación de las causas de resolución de pleno derecho por el arrendador (art. 35 LAU). En cuanto al resto de las normas del Título III LAU (arts. 29, 31-34 LAU), cabría cuestionar si, a falta de previsión contractual que lo excluya, el arrendatario podría exigir al adquirente de la totalidad de la vivienda arrendada la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurrieran en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH (art. 29 LAU). En cuanto al derecho de adquisición preferente (art. 31 LAU), a pesar de que el arrendatario de habitación no hubiese renunciado a él, nos parece que no podría ejercerlo por las razones que hemos visto que esgrime la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2007. Y no se podría acudir a los artículos 32 y 33 LAU, pues en la habitación arrendada no se ejerce una actividad empresarial o profesional; ni al artículo 34 LAU, por no ejercerse una actividad comercial de venta al público.

Si el contrato se califica como arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el arrendatario sí estaría obligado al pago de fianza en cantidad equivalente a dos mensualidades de renta (art. 36.1 LAU) y el arrendador debería proceder a su depósito (disp. adic. tercera LAU). Asimismo, las partes podrían compelerse recíprocamente a la formalización del contrato por escrito, haciéndose constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca en que se halla la habitación arrendada, así como la habitación sobre la que recae el contrato, la renta inicial y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado (art. 37 LAU).

Para fijar la duración del contrato, habrá que acudir en primer lugar a lo pactado por las partes. Ahora bien, la duración no siempre es fácil de probar pues estos contratos en muchos casos se celebran verbalmente. Para estos supuestos en que no pudiera conocerse el plazo pactado, habrá que acudir con carácter

supletorio al Código civil, concretamente al artículo 1581 CC, que declara celebrado el arrendamiento por años o meses, según se hubiera fijado un alquiler o renta anual o mensual, para lo que se aportarán generalmente como prueba los recibos del pago, que suelen ser mensuales. Y si al término del contrato permaneciera el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada, se entenderá producida la tácita reconducción, a menos que hubiese precedido requerimiento del arrendador (art. 1566 CC).

Las sentencias que conocemos en favor de esta posición se han dictado en procesos de desahucio por expiración del plazo de duración pactado a los efectos de excluir la aplicación del artículo 9 LAU, negando que procedan las prórrogas previstas para el arrendamiento de vivienda en dicho precepto y declarando su sometimiento al Código civil (SSAP de Madrid de 13 de diciembre de 2006³⁹ y Barcelona de 8 de mayo de 2008⁴⁰). En ellas se mantiene que debe excluirse la calificación del contrato como de vivienda en concordancia con la constante y consolidada doctrina jurisprudencial relativa al concepto de habitabilidad que destaca como núcleo característico del arrendamiento el hecho de que “la edificación cedida sea adecuada a servir las necesidades de morada o residencia, donde la persona o la familia desarrollan la intimidad de su existencia, constituyendo su hogar o sede de la vida doméstica”, lo que no puede predicarse cuando el objeto arrendado es una dependencia o habitación ubicada dentro de una vivienda, carente de los servicios mínimos y esenciales que en la actualidad deben reputarse imprescindibles, y que solo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamente se sirven los restantes ocupantes de la vivienda, como son la cocina y el baño. En definitiva, la cesión de uso en exclusiva recae sobre una única dependencia, carente de las mínimas condiciones de habitabilidad⁴¹.

4. ARRENDAMIENTO SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL

Una tercera posición mantiene que estos contratos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y han de regirse por lo acordado por las partes, y supletoriamente por el régimen general del Código Civil.

La jurisprudencia menor ya venía excluyendo los arrendamientos de habitaciones del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. La cuestión se planteó en relación con los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, que como es sabido, suprimió la prórroga forzosa para los contratos sometidos a su ámbito de aplicación. Conforme a esta

jurisprudencia, el régimen legal de los contratos de arrendamiento de habitación con uso compartido de las zonas comunes es el que disciplina el contrato de arrendamiento de cosas del Código civil, por lo que no quedaban sometidos al artículo 57 TRLAU 64 que regulaba dicha prórroga⁴². En esta misma línea se manifestaba ALBACAR al comentar dicho Texto Refundido, señalando que la doctrina entendía que, “dada la independencia que alcanza al concepto de domicilio familiar, no cabe asimilar al concepto de arrendamiento de vivienda el de una parte del piso, con el consiguiente derecho a la utilización de servicios comunes —baños, cocina, etc.—. Pues si bien todo arrendamiento de vivienda, cuando se trata de piso en régimen de propiedad horizontal, lleva consigo la utilización de servicios y elementos comunes, entendiendo por tales los que trascienden de la propiedad del piso individualizado, todos los que propiamente se hallan en el mismo deben arrendarse conjuntamente sin que quepa su división entre varios usuarios”⁴³.

Esta posición se mantiene también en la mayoría de las sentencias de nuestras Audiencias al enjuiciar los contratos de arrendamiento de habitación regidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994⁴⁴.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de septiembre de 2017⁴⁵ señala que debemos partir del artículo 2.1 LAU, a cuyos efectos es esencial la concreción del término de *habitabilidad* del objeto arrendado en el arrendamiento de habitación con uso compartido de otras estancias, para lo que recoge la consolidada doctrina jurisprudencial a que aluden las ya citadas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 2006 y de Barcelona de 8 de mayo de 2008⁴⁶. Por otra parte, estima que el hecho de que no se incluya el arrendamiento de habitación en el artículo 5 LAU, que recoge los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la ley arrendaticia urbana, no debe conducir a aplicar dicha normativa especial, pues la enumeración recogida en el citado precepto no es de *numerus clausus*, lo que es perfectamente compatible con la naturaleza de legislación excepcional o especial, en contraposición con la normativa general, aunque efectivamente menos aplicable, del Código Civil.

A estos argumentos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de diciembre de 2015⁴⁷ añade que procede en estos casos la aplicación de los principios establecidos en los artículos 3 y 4 del Código civil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo declarada en las sentencias de 10 de febrero de 1986⁴⁸ y 24 de febrero de 2000⁴⁹, al decir que “el carácter imperativo de la legislación especial no debe inducirnos a error concluyendo su inaplicabilidad sobre las normas del Derecho Común en supuestos en que existen dudas acerca de la normativa aplicable, cuando, precisamente por su carácter de normativa excepcional, la situación es la contraria y en cuanto a la aplicación de la ley civil

común o de la especial de arrendamientos urbanos, habrá que otorgar preferencia a aquella, por su carácter general y atrayente, y en caso de duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato es la general del Código Civil o la especial, representada por la LAU, debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad⁵⁰.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 de mayo de 2010⁵¹ argumenta a favor de esta tesis⁵² que, dada la minuciosidad con que la Ley de Arrendamientos Urbanos aborda las distintas cuestiones jurídicas que se plantean acerca del arriendo de vivienda, si en el espíritu de la ley hubiera estado contemplar el arrendamiento parcial de la vivienda, algún artículo habría merecido el interés del legislador para regular estos extremos, dada la problemática que podría derivarse de situaciones tales como el fallecimiento del inquilino de habitación con derecho a cocina y servicios, la subrogación de terceros, las obligaciones en cuanto a obras y reparaciones, etc... cuando solo una parte de la vivienda es la afectada por el contrato de arrendamiento; todo lo cual conduce a estimar, por aplicación de los principios establecidos en los artículos 3 y 4 del Código Civil, que el arrendamiento de habitación con derecho al uso compartido de otras estancias no puede considerarse sometido a la normativa especial arrendaticia urbana, sino al régimen general del Código Civil, pues no aparece contemplado en la ley, ni el mismo es asimilable a otros que se regulan específicamente, y no se atisban razones de política de protección social que posibiliten una interpretación distinta.

Esta es la posición que implícitamente admite el propio legislador en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, pues entre los requisitos que exige para acceder a las ayudas que prevé, requiere que el contrato se haya formalizado en los términos de la Ley de Arrendamientos Urbanos si se trata de un arrendamiento de vivienda, pero no exige tal formalidad cuando se trata de arrendamiento de habitación. En efecto, el artículo 6, al referirse a los requisitos que han de reunir las personas beneficiarias del “Bono Alquiler Joven”, exige ser titular o estar en condiciones de suscribir, en calidad de persona arrendataria, un contrato de arrendamiento de vivienda formalizado en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos o, en calidad de persona cesionaria, de un contrato de cesión de uso. Pero precisa que, *“en el caso de alquiler de habitación no es exigible que la formalización sea en los términos de la Ley 29/1994”* [art. 6.1.c)]⁵³.

En este mismo sentido, en la regulación del “Programa de ayuda al alquiler de vivienda” y del “Programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico”, al determinar en los artículos 27.1 y 53.1 respectivamente

los requisitos de las personas beneficiarias, solo exige la necesidad de ser titular, en calidad de arrendatario, de un contrato de arrendamiento formalizado en los términos de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuando se trata de un arrendamiento de vivienda, pero no cuando se trata de un alquiler de habitación, en que solo se requiere un contrato, sin que se exija su formalización de acuerdo con tal ley especial [27.1.a) y 53.1.c)]⁵⁴.

A nuestro juicio, el arrendamiento de habitaciones con derecho a la utilización compartida de otras estancias no queda sometido a la legislación especial arrendaticia sino al Código civil⁵⁵.

Nos parece que no puede considerarse comprendido dentro de la definición del arrendamiento de vivienda del artículo 2.1 LAU, pues el espacio que se arrienda y se cede en exclusiva es solo el de una habitación, y no concurre la nota de habitabilidad que se precisa en dicho precepto, vinculada con la idea de lugar de desarrollo de la vida doméstica del inquilino con la intimidad y servicios que hoy se consideran indispensables, de los que solo se dispone de forma compartida, pero que no sirven para suplir la ausencia de tal requisito en el único objeto de arriendo, que es la habitación, por recaer sobre ella un uso exclusivo.

En este sentido se manifiesta GUILARTE GUTIERREZ, al señalar que no concurre el requisito de la habitabilidad cuando el uso de esos otros espacios de la vivienda se hace a través de la atribución de un derecho de uso compartido con terceros, pues no puede servir individualizadamente para atender lo que en su acepción vulgar se entiende por satisfacción de la necesidad de morada o residencia dentro de un ámbito de exclusividad e intimidad propio de la familia⁵⁶.

Por otra parte, la atribución del uso compartido de otras dependencias no constituye un arrendamiento parcial, y no se puede tener en cuenta a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato, que, repito, recae solo sobre una habitación, único objeto del contrato. Como señala PARRA LUCÁN, distinto es el supuesto en que el arrendamiento recae sobre una parte de la vivienda que tiene entidad como finca independiente y con todos los requisitos propios de la habitabilidad, como si la vivienda tiene varias plantas y se alquila una de ellas con entrada independiente⁵⁷. En estos supuestos estaríamos ante un arrendamiento parcial para uso de vivienda al que se aplicaría el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁵⁸.

Ciertamente, la normativa que regula el arrendamiento de vivienda se explica por el deseo de proteger a los inquilinos ante las dificultades de acceso a la vivienda. Y precisamente, quienes contratan el alquiler de una habitación para fijar en ella su vivienda permanente constituyen un colectivo especialmente vulnerable que no recibiría la protección propia del arrendatario de vivienda fundada del artículo 47 de la Constitución que proclama como principio rector de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una

vivienda digna y adecuada. Sin embargo, no parece que esta razón sea suficiente para somerlo a su ámbito. Es más, creemos que el régimen previsto legalmente para el arrendamiento de vivienda se adapta mal a este supuesto⁵⁹: duración del contrato, cesión, subrogación inter vivos y mortis causa, resolución del derecho del arrendador, enajenación de la vivienda arrendada, derechos de adquisición preferente, obligaciones y derechos en cuanto a obras y reparaciones, etc.

En relación con la duración del contrato, creemos que no resulta acorde con el arrendamiento de habitación la imposición del plazo mínimo que establece en el artículo 9 LAU. Debemos tener en cuenta que, dado que el arrendamiento de habitaciones generalmente da origen a la convivencia del propietario —y a veces también de su familia— con el arrendatario, resulta más adecuado no imponer una duración mínima, sino que el arrendador pueda poner fin a la duración del contrato una vez finalizado el plazo pactado, e incluso pactar que, si existen problemas que dificultan la convivencia, pueda resolverlo antes. El propio legislador, consciente de las dificultades que puede generar la convivencia, en el artículo 1792 del Código civil relativo al contrato de alimentos, prevé que si concurre cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de los contratantes podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante una pensión actualizable. Creemos que para el contrato arrendamiento de habitación en que existiese convivencia con el arrendador sería conveniente una previsión legal en tal sentido.

En todo caso, y partiendo de la dudas que existen ante la calificación de estos contratos, debe realizarse una interpretación sistemática que tenga en cuenta la vis atractiva del Código Civil respecto de las leyes especiales conforme a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 10 de febrero de 1986, 24 de febrero de 2000 y 15 de junio de 2000, de modo que, en estos supuestos, el intérprete debe inclinarse por la legislación común en defecto de la especial.

Ahora bien, no compartimos la posición que expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 de mayo de 2010⁶⁰ al decir que la Ley de Arrendamientos Urbanos no contempla el arrendamiento parcial de la vivienda. Creemos que sí lo hace de forma implícita en el artículo 4.2 apartado 2 LAU cuando, al referirse al régimen aplicable a las viviendas suntuarias, las exceptúa de la normativa del arrendamiento de vivienda cuando tengan cierta extensión o la renta exceda cierta cuantía “y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda”; y en el artículo 5 e) LAU al excluir del ámbito de aplicación de la ley la cesión temporal de uso turístico “de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato”, lo que indicaría, al menos teóricamente, como apunta ARROYO AMAYUELAS, que la cesión parcial no solo es posible, sino que además no produce esta exclusión. Asimismo, señala

esta autora, si el arrendatario, de acuerdo con el artículo 8.2 LAU puede, en calidad de arrendador hacer un arrendamiento parcial ¿cómo no podría hacer lo mismo el propietario y aún con mayor legitimación?⁶¹. Ahora bien, consideramos que no cabe identificar arrendamiento parcial y arrendamiento de habitaciones. A nuestro juicio, efectivamente caben dentro del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos los arrendamientos parciales; pero eso no supone que se incluya el arrendamiento de habitaciones. El arrendamiento de habitación es un tipo de arrendamiento parcial, que como hemos señalado, pensamos que no puede calificarse como arrendamiento de vivienda; calificación que sí ha de darse cuando el arrendamiento parcial recae sobre una parte de la vivienda que tiene entidad como finca independiente y con todos los requisitos propios de la habitabilidad.

Igualmente estimamos que ha de quedar descartada la calificación del contrato de arrendamiento de habitación como arrendamiento para uso distinto del de vivienda siempre que su finalidad sea satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario —o familiares señalados en el artículo 7 LAU—, pues el artículo 3.1 LAU dispone que “*se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior*”. Y ese destino primordial al que se refiere el artículo anterior es el de vivienda permanente. Por lo tanto, si el arrendamiento recae sobre una habitación que se destina a vivienda permanente, no se puede calificar como arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Sería diferente el supuesto en que se celebre el alquiler de una habitación por temporada, en cuyo caso sí tendría la consideración de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, pero cuando se destina a vivienda permanente, no puede recibir tal calificación. No obstante, a efectos prácticos, la consideración del arrendamiento de habitaciones como arrendamiento para uso distinto del de vivienda también conduce a una remisión al Código civil, salvo en las cuestiones que anteriormente hemos señalado⁶².

En consecuencia, nos parece que el arrendamiento de habitación con derecho al uso compartido de zonas comunes —y con más razón si no se atribuye tal uso—, queda sometido a lo pactado por las partes y a lo dispuesto en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil. No se aplica por tanto el régimen de duración mínima del artículo 9 LAU, sino el plazo acordado en el contrato, teniendo en cuenta el artículo 1581 del Código civil en relación con el artículo 1566 del Código civil; y en caso de impago de la renta, el artículo 1569.2.º del Código civil permite acudir al juicio de desahucio⁶³. También se podrá acudir a él ante la infracción por el arrendatario de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato (art. 1569.3.º CC) o por no usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinando la habitación a usos o servicios no pactados (art. 1569.4.º en relación con el art. 1555.2.º CC). Y si se trata de una habitación

amueblada, se someterá al artículo 1582 CC, que además se refiere expresamente al alquiler “*de una casa, o de parte de ella*”.

En otro orden de cosas, salvo que en el contrato se prohíba expresamente, de acuerdo con el artículo 1550 del Código civil, el inquilino puede subarrendar total o parcialmente la habitación. Ahora bien, resulta cuestionable que, en los casos en que no exista consentimiento del arrendador, se le pueda imponer el subarriendo de la habitación por el arrendatario cuando tiene lugar la convivencia entre ambos contratantes, en la medida en que el subarriendo de la habitación supone introducir en la vivienda a un extraño (el subarrendatario), y obliga al arrendador —y a veces a su familia— a convivir con el subarrendatario, y además con el arrendatario —en caso de subarriendo parcial— o sin él —si se trata de subarriendo total—. Sería tanto como privar al arrendador del control de las personas con las que van a convivir él y su familia.

Asimismo, no se aplicará la tutela que los preceptos de la legislación arrendaticia de viviendas ofrecen como forma de protección de la vivienda familiar al cónyuge o a la pareja no casada del arrendatario en caso de desistimiento, abandono del hogar o fallecimiento; ni al cónyuge en caso de nulidad, separación judicial o divorcio. Al regirse el contrato por el Código civil, si el titular abandona la vivienda familiar, el cónyuge no titular —o pareja no casada, en los supuestos del artículo 12 LAU— no podrá subrogarse sin consentimiento del arrendador.

Ahora bien, aun considerando la no sujeción del arrendamiento de vivienda a las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no existe inconveniente alguno para que las partes contratantes, por el principio de autonomía privada o de libertad de pacto contractual sancionado por el artículo 1255 del Código Civil, convengán la aplicabilidad al contrato de todas, o alguna, de las disposiciones de aquella normativa especial⁶⁴.

Finalmente, nos parece que el alquiler de habitaciones constituye una realidad cada vez más frecuente en nuestras ciudades, propiciada por el actual contexto socio económico, que presenta una problemática particular a la que se debe dar respuesta para otorgar seguridad, tanto a los arrendadores como a los arrendatarios, especialmente cuando se destina a cubrir la necesidad de vivienda permanente del arrendatario.

Con independencia de la posición que se mantenga sobre el régimen jurídico aplicable a estos contratos, a nuestro juicio, las normas del arrendamiento de viviendas de la Ley de Arrendamientos Urbanos no resultan adecuadas para responder a las particularidades del arrendamiento de habitaciones con uso compartido de otras estancias, pero tampoco lo hace el Código civil. A esta falta de adecuación de la normativa aplicable, debemos sumar la inseguridad jurídica que origina una jurisprudencia menor que carece de un criterio uniforme.

Todo ello hace necesaria la elaboración de una normativa específica que dé respuesta a las muchas cuestiones que plantea este contrato y que otorgue a los

contratantes la debida estabilidad en la tenencia, unida a una cierta dosis de flexibilidad para poder atender a los problemas de convivencia que pueden surgir.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN DESTINADO A VIVIENDA PERMANENTE

La Ley de Arrendamientos Urbanos, además del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, contempla el subarriendo. Sin embargo, únicamente se refiere a él en los artículos 6, 8.2 y 32 LAU⁶⁵.

Son muchas las dudas y cuestiones que suscitan estos preceptos, no solo por lo que disponen, sino fundamentalmente por sus omisiones, pero nosotros nos vamos a centrar en las que plantean en relación con el arrendamiento de habitación, distinguiendo el subarriendo celebrado por el arrendatario de vivienda del concertado por el arrendatario de una vivienda que ha sido alquilada para un uso distinto del de vivienda.

1. EL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN PARA VIVIENDA PERMANENTE CELEBRADO POR EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA

Este tipo de subarriendo se contemplan en los artículos 6 y 8.2 LAU, dentro del Título II dedicado al arrendamiento de vivienda.

El artículo 6 LAU establece la nulidad de las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o del subarrendatario las normas del Título II, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice. Y el artículo 8.2 LAU, tras disponer en el párrafo primero que la vivienda arrendada únicamente se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador, establece que *“el subarriendo se regirá por lo dispuesto en el presente título para el arrendamiento cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2.1. De no darse esta condición, se regirá por lo pactado entre las partes”* (art. 8.2 pfo. 2 LAU). A continuación, dispone que el derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó (art. 8.2 pfo. 3 LAU) y que el precio del subarriendo no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento (art. 8.2 pfo. 4 LAU).

A. El subarriendo de alguna o algunas de las habitaciones de la vivienda

Son muchos los casos en que una persona alquila un inmueble como vivienda, y luego subarrienda una o varias habitaciones a uno o varios subarrendatarios,

con los que convive, para poder obtener una ayuda económica que le permita hacer frente al pago de la renta. Para ello, como hemos apuntado anteriormente, el arrendatario necesita del previo consentimiento escrito del arrendador (art. 8.2 pfo. 1 LAU)⁶⁶; la ausencia de consentimiento permitirá a este último resolver el contrato de arrendamiento [art. 27.2.c) LAU].

Además, el arrendatario de vivienda solo puede subarrendar de forma parcial (art. 8.2 pfo.2 LAU), ya que la razón que justifica la protección al arrendatario recogida en el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos, radica en que tiene allí su residencia, y si la subarrienda totalmente y abandona la vivienda, no cumpliría la razón que motiva el régimen tuitivo. Por tanto, lo que no admite el artículo 8.2 párrafo primero LAU es el subarriendo total⁶⁷, esto es, aquel arrendamiento en el que el arrendatario celebra un contrato de alquiler de toda la vivienda con un tercero. También estaríamos ante un arrendamiento total cuando el arrendatario subarrienda parcialmente la vivienda a varias personas distribuyendo entre ellas todas las habitaciones, de forma que la suma de los subarriendos parciales abarque la totalidad de la vivienda, sin que continúen habitando en ella el arrendatario ni las personas contempladas en el artículo 7 LAU⁶⁸. En definitiva, el arrendatario siempre se debe reservar una parte de la finca arrendada para usarla como vivienda para sí o para tales personas. De ahí que el artículo 27.2 f) LAU consagre como causa de resolución de pleno derecho del contrato por el arrendador el hecho de que la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 LAU. Por eso, si se ha permitido de forma escrita por el arrendador un subarriendo parcial, y una vez celebrado este, el arrendatario o las personas a que se refiere el artículo 7 LAU abandonan la vivienda, el arrendador estará legitimado para ejercitar la correspondiente acción resolutoria prevista en el artículo 27.2 f) LAU.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 8.2 LAU, el subarriendo parcial de la vivienda arrendada se registrará por lo dispuesto en el Título II cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2.1 LAU, esto es, a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario o de las personas señaladas en el artículo 7 LAU⁶⁹.

En otro caso, esto es, cuando el arrendatario de vivienda subarrienda alguna habitación para un uso distinto al de vivienda permanente —por ejemplo, un arrendamiento de habitación durante la temporada de estudios, o como segunda vivienda durante algunos días a la semana por quien tiene la vivienda permanente en otro lugar o para utilizarlo como despacho profesional—, dispone el artículo 8.2 párrafo segundo *in fine* LAU que deberá estarse a lo pactado por las partes. En consecuencia, nos encontramos con que el arrendamiento se registrará por

las normas del arrendamiento de vivienda de la LAU (Título II) y el subarriendo por los pactos de las partes y supletoriamente por el Código civil⁷⁰.

Sin embargo, la remisión a la regulación del Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el subarriendo de vivienda permanente presenta importantes problemas de aplicación, pues no todas sus reglas encajan en el ámbito de la relación subarrendaticia⁷¹. Así, la doctrina pone de manifiesto que estamos en presencia de dos personas —arrendatario y subarrendatario— a las que la ley especial protege, pues ambos satisfacen con la vivienda su necesidad de habitación. A pesar de ello, y dados los términos legales, parece que a estos efectos ha de estimarse prevalente la situación del subarrendatario respecto del cual hemos de considerar arrendador a quien realmente también es inquilino⁷². Además, las normas del Título II en muchas ocasiones entran en abierta contradicción con el carácter accesorio del subarriendo y con la norma del párrafo tercero del artículo 8.2 LAU, que establece la extinción del subcontrato “*en todo caso*” cuando se extinga el contrato principal.

Este límite hace que se presenten especiales dificultades de aplicación en relación con el régimen de duración del contrato, pues la duración del subarriendo se encuentra condicionada por la del contrato de arrendamiento. Así, el subarrendatario puede beneficiarse de lo establecido en la ley sobre el plazo mínimo de duración del contrato del artículo 9 LAU, siempre que subsista el contrato base, esto es, el contrato de arrendamiento. Por lo tanto, no cabe mantener la vigencia del subarriendo cualquiera que sea la razón de la extinción del contrato de arrendamiento, dados los términos categóricos del párrafo tercero del artículo 8.2 LAU, al margen de la facultad del subarrendatario de exigir el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios si la extinción del arriendo se debe a una causa que obedezca a la pura voluntad del arrendatario, por ejemplo, por falta de pago de la renta, por no hacer uso de su derecho a las prórrogas que contempla el artículo 9.1 LAU, o por desistir unilateralmente del contrato en los términos habilitados por el artículo 11 LAU⁷³.

Igualmente, las eventuales prórrogas a las que por aplicación del artículo 9.1 LAU tendría derecho el subarrendatario solo se podrán actuar mientras persista la relación arrendaticia de la que trae causa; y lo mismo para que procedan las prórrogas del subarriendo en virtud del artículo 10 LAU⁷⁴.

Puesto que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 8.2 LAU, el subarriendo parcial de la vivienda arrendada se regirá por lo dispuesto en el Título II cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2.1 LAU, esto es, a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario o de las personas señaladas en el artículo 7 LAU, en principio, parece que el subarriendo de habitación o habitaciones con uso compartido de zonas comunes que se destinen a tal finalidad se

regirá por las normas del arrendamiento de vivienda de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Esta primera conclusión nos llevaría a una consecuencia ciertamente contradictoria con la posición que hemos mantenido anteriormente, pues nos encontraríamos con que el arrendamiento de habitaciones con destino a vivienda permanente concertado por el arrendador —normalmente el propietario—, se regiría por el Código civil, en defecto de pacto de las partes, mientras que el subarriendo de habitación con el mismo uso se regularía por el régimen tuitivo para el subarrendatario del Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁷⁵.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de junio de 2011⁷⁶ entiende aplicable al subarriendo de habitaciones, aunque con dudas, el régimen del arrendamiento de vivienda. Los hechos enjuiciados se refieren al subarriendo de una habitación por la arrendataria de una vivienda, que cede sus habitaciones a otras personas mediante un precio con el que sufraga el alquiler total. El subarriendo se concierta sin otra formalización que el acuerdo verbal en el que se pacta el precio y la duración, así como el pago de una fianza en cantidad equivalente a una mensualidad de renta. De acuerdo con lo pactado, el subarrendatario pagó la fianza y llegó a hacer efectiva la renta para los meses de julio, agosto y septiembre de 2008, sin llegar a ocupar la habitación durante este periodo; pero cuando la necesitó a mediados del mes de octubre, se le dijo que no podía ocuparla porque se había cedido a otra persona. Ante tal situación, el subarrendatario demanda a la subarrendadora exigiendo el reintegro de los alquileres pagados y el precio del alojamiento que tuvo necesidad de concertar hasta el día 5 de noviembre de 2008 en que encontró un acomodo permanente. Pues bien, la Audiencia Provincial califica el contrato como subarriendo de vivienda, sometido al artículo 8 en relación con 2.1. LAU, pero el propio texto de la resolución ya pone de manifiesto las dudas que le plantea esta solución al decir: “*en el mejor de los casos para el demandado*, la figura contractual que convino con la actora es la de un subarriendo de vivienda, sometido, por tanto, a lo dispuesto en el art. 8 en relación con el art. 2.1 de la LAU, y cuyo régimen jurídico, *en principio y para los efectos de este juicio*, es idéntico al que se establece para el arrendamiento de viviendas”⁷⁷. Y estas dudas también afloran al señalar que “el demandado no respetó el plazo de duración del contrato a que estaba obligado por lo dispuesto en el artículo 9 de la LAU o, en su caso, en el artículo 1581 del Código civil, porque, si la renta se pagaba mensualmente, por lo menos debía mantener un mes el contrato, y sin embargo, ya en el mes de octubre había alquilado la habitación a otra persona”. Es decir, abre la puerta a que el régimen jurídico aplicable a la duración del contrato de subarriendo sea el propio del arrendamiento de vivienda (art. 9 LAU) o el del Código civil (art. 1581 CC).

La doctrina al analizar el subarriendo parcial de vivienda lo entiende referido implícitamente al subarriendo de habitaciones —o dependencias en general⁷⁸—,

sin entrar a cuestionar si para que se aplique la remisión al Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos solamente se requiere que el destino primordial del subarriendo parcial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, o además se exige el requisito de la habitabilidad; y si concurre todo ello en el subarriendo de habitación con uso compartido de zonas comunes. Porque el párrafo segundo del artículo 8.2 LAU lo que dice es que el subarriendo se regirá por el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos, “*cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2.1*”, y dicha finalidad es que el destino primordial del arrendamiento sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Desde esta interpretación, el requisito de que la edificación sea habitable solo se requeriría para el arrendamiento de vivienda, pero no para el subarriendo. Sin embargo, nos parece que hay que entender que la remisión del artículo 8.2 párrafo segundo LAU a la normativa del arrendamiento de vivienda para el subarriendo comprende la necesidad de que concurren todos los requisitos que se precisan para que estemos ante un arrendamiento de vivienda de acuerdo con el artículo 2.1 LAU, de forma que solo cuando la parte de la finca urbana sea habitable y se destine a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario se regirá por lo dispuesto en el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Y las mismas razones que hemos expuesto para entender que el arrendamiento de habitación no queda sometido a la legislación especial arrendaticia sino al Código civil⁷⁹, creemos que cabe mantenerlas cuando quien alquila la habitación no es el propietario o titular del derecho que le permite dar la cosa en arriendo, sino que es el arrendatario-subarrendador. Tal postura lleva a excluir la aplicación a los subarriendos para vivienda del Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, tal como dispone el párrafo segundo *in fine* del artículo 8.2 LAU, se regiría por lo pactado entre las partes, a lo que habrá que añadir que, en defecto de pacto, deberá acudir al Código civil. Por el contrario, quedarían sometidos a la legislación especial protectora del arrendatario del Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos aquellos subarriendos en que la parte subarrendada tenga entidad como finca independiente y con todos los requisitos propios de habitabilidad, como si la finca arrendada tuviera plantas y se arrienda una de ellas con entrada independiente, como ya hemos señalado para los arrendamientos de habitaciones por el propietario.

En este sentido nos sumamos a la opinión de PARRA LUCÁN, quien se inclina por negar que el contrato de arrendamiento de habitación quede sometido a la legislación del arrendamiento de vivienda, cuyo régimen no está pensado en absoluto para el alquiler de piezas separadas de una vivienda cuando no tienen un acceso separado e independiente, tanto si el que arrienda es el propietario como si el que arrienda es el arrendatario⁸⁰.

B. El subarriendo de toda la vivienda

Si el arrendador, a pesar de lo dispuesto en el artículo 8 LAU, autoriza el subarriendo total de la vivienda arrendada, la mayoría de la doctrina considera que ese pacto, aunque es contrario a lo dispuesto en el artículo 8.2 LAU, no es nulo, pues tal sanción carecería de sentido ante el consentimiento del arrendador. Además, dicho pacto no choca con el artículo 6 LAU, pues este precepto solo sanciona la ineficacia de las cláusulas contrarias a las normas del Título II que modifiquen su régimen en perjuicio del arrendatario, y este pacto no supone un perjuicio para el inquilino, sino un beneficio, pues expresamente lo ha querido⁸¹.

En consecuencia, si se celebra un subarriendo total de la vivienda con consentimiento del arrendador, y de las dos partes implicadas en el contrato, arrendatario y subarrendatario, el subarriendo sería válido⁸².

En este sentido, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ dice que, puesto que la ley solo tutela la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, si este celebra un contrato de subarriendo total, no concurre en el arrendamiento dicha necesidad y tal contrato de arrendamiento habría de quedar sometido a los pactos de las partes y a las normas del Código Civil. En cuanto al régimen jurídico del subarriendo, puede parecer que si está destinado por el subarrendatario a cubrir esa necesidad primaria (art. 2.1 LAU), debe merecer la tutela que le brinda la ley especial, tal como se deduce del artículo 6 LAU, de manera que el subarriendo quedaría sometido a las normas del Título II de la ley especial. Pero esta solución tropieza con graves dificultades, contradicciones y problemas derivados de someter cada uno de los contratos a normativas diferentes. Por ejemplo, si la existencia del contrato originario condiciona la del subcontrato, de modo que la extinción del primero provoca la del segundo, no podrá el subarrendatario beneficiarse del régimen de prórrogas dispuesto en la ley especial si el contrato de arrendamiento se extingue, ya que para este último no regirían las mismas, sino el plazo de duración contractual más la posible tácita reconducción. Además, considera que no tiene mucho sentido, “mantener la aplicación de la ley especial al arrendamiento, y no al subarriendo, cuando es precisamente en este último contrato en el que concurre la necesidad que aquella trata de tutelar. Pero, a la vez, también parece absurdo que un arrendatario de vivienda que no disfruta del régimen tuitivo especial, porque la ley no lo considera acreedor del mismo, se vea sometido a él en cuanto subarrendador (por ejemplo, en orden a la actualización de la renta del subarriendo, que debería llevarse a cabo conforme al artículo 18, mientras que no ocurriría lo mismo en orden a la renta correspondiente al arrendamiento principal), cuando lo cierto es que el subarriendo tampoco cumple los requisitos legales. En suma, la Ley de arrendamientos urbanos requiere la convivencia del inquilino y subinquilino para que ambos puedan beneficiarse de la protección

que ofrece, por lo que, si no se da dicho presupuesto, deben quedar excluidos de la misma tanto el contrato principal como el subcontrato”. Por eso, parece oportuno entender, como señala esta autora, que, habida cuenta de la naturaleza accesoria del subarriendo, la solución pasa por remitir el régimen jurídico de ambos contratos, el principal y el subcontrato, a la autonomía privada y al régimen condicional como supletorio⁸³.

No obstante, también cabe entender que en estos supuestos en que aparezca configurado un subarriendo total con desaparición del inicial inquilino de la vivienda arrendada existe cesión y no subarriendo⁸⁴.

Como ya hemos señalado, una situación equivalente a la del subarriendo total tendrá lugar si el inquilino celebra una multiplicidad de subarriendos parciales, y no mantiene en el inmueble ni él, ni las personas recogidas en el artículo 7 LAU, su vivienda permanente. En este caso, aunque el arrendador haya autorizado los subarriendos parciales, podría resolver el contrato de arrendamiento en virtud del artículo 27.2.f) LAU. Y si, a pesar de conocer esta situación no ejercita la acción resolutoria, habría que entender que existe un consentimiento tácito al arrendamiento total.

En principio, el régimen jurídico sería el mismo que hemos señalado para el subarriendo total, y si el subarrendatario alquila simultáneamente todas las habitaciones de la vivienda subarrendada, y abandona la vivienda, se aplicará a los subarriendos la autonomía privada y con carácter supletorio, el régimen codicial.

Ahora bien, si se cede toda la finca mediante el subarriendo de cada una de las plantas o apartamentos que tienen entidad como finca independiente dentro de la vivienda arrendada a personas diferentes y no hay un único contrato de subarrendamiento total sino que los contratos se han ido celebrando de forma sucesiva, y finalmente la vivienda está subarrendada en su totalidad, la dificultad está en determinar el régimen aplicable a estos subarriendos parciales de vivienda que se han ido celebrando de forma sucesiva hasta que el arrendatario deja de convivir en ella, “pues —como destaca PARRA LUCÁN— mientras no haya subarriendo total los contratos deberían quedar sometidos a las normas del arrendamiento de vivienda, y no parece razonable entender que los contratos anteriores hayan estado sometidos a la legislación especial solo hasta que se ha celebrado el último contrato, quedando sometidos a partir de ese momento a lo pactado por las partes, de acuerdo con el Derecho común. Por esta razón, puede defenderse que ni el arrendador que haya dado su consentimiento ni el subarrendador podrían oponerse a la protección que ofrece al subarrendatario la normativa de arrendamientos de vivienda por haber celebrado ulteriores contratos de arrendamiento con terceros”⁸⁵.

2. EL SUBARRIENDO DE HABITACIÓN PARA VIVIENDA PERMANENTE CELEBRADO POR EL ARRENDATARIO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

A veces se alquila una vivienda con la mera finalidad de destinarla al subarriendo de las habitaciones. El régimen aplicable a ese contrato de arrendamiento es el señalado en el artículo 4.3 LAU por tratarse de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

El artículo 32 LAU, único que la ley especial dedica al subarriendo dentro del Título III, establece que cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional el arrendatario podrá subarrendar la finca sin permiso del arrendador y el subarriendo deberá notificarse a este último en el plazo de un mes desde que se hubiera concertado. Por tanto, en tales casos, no se precisa el consentimiento del arrendador, ni el carácter parcial del subarriendo, y tampoco se establece límite alguno al precio de este. El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10% de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20% en el caso de producirse el subarriendo total de la finca arrendada.

Cuando la actividad que lleva a cabo el arrendatario es el subarriendo de habitaciones con prestación de servicios complementarios que pudiera calificarse de hospedaje, resulta ineludible que estamos ante una actividad profesional o empresarial. Igualmente, si únicamente se dedica al subarriendo de las habitaciones con uso compartido de zonas comunes sin prestación de servicios complementarios y con ánimo de lucro, nos parece que la actividad del arrendamiento base también constituye una actividad empresarial, y el subarriendo queda sometido al artículo 32 LAU. Por el contrario, si no existe ánimo de lucro, no se trata de una actividad empresarial o profesional⁸⁶, y también sería posible el subarriendo, pero al amparo del Código civil, que en el artículo 1550 admite el subarriendo sin consentimiento del arrendador, salvo prohibición expresa en el contrato de arrendamiento, sin perjuicio de la responsabilidad del arrendatario al cumplimiento del contrato para con el arrendador. Las diferencias fundamentales entre el régimen codicial y el régimen de la ley especial residen en que en el primero no se reconoce un aumento de la renta al arrendador, ni se establece la obligación de notificación del subarriendo al mismo, mientras que en la Ley de Arrendamientos Urbanos se garantiza al propietario un mínimo control sobre la persona que usa del local y una mínima participación en la utilidad económica que el arrendatario puede obtener con la cesión de dicho uso⁸⁷.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al subarriendo, no existe una norma que lo regule cuando el contrato base es un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, a diferencia de lo que sucede para los arrendamientos de vivienda (art. 8.2 pfo. 2 LAU).

A falta de determinación de dicho régimen jurídico en la ley especial arrendaticia, nos parece que el subarriendo de habitaciones para vivienda permanente del subarrendatario celebrado por el arrendatario para uso distinto del de vivienda, queda fuera de la misma y sometido al pacto de las partes y supletoriamente al régimen codicial⁸⁸ por aplicación de la ya aludida doctrina del Tribunal Supremo declarada en las sentencias de 10 de febrero de 1986 y 24 de febrero y 15 de junio de 2000, en cuya virtud, cuando existen dudas en cuanto a la aplicación de la ley civil común o de la especial de arrendamientos urbanos, habrá que otorgar preferencia a aquella, por su carácter general y atrayente en lugar de seguir el criterio de la especialidad. Únicamente cuando el arrendamiento sea de vivienda, podrá el subarriendo que recaer sobre una pieza separada de una vivienda con acceso independiente regirse por el Título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en virtud de la previsión del párrafo segundo del artículo 8.1 LAU; pero en otro caso, o si el arrendamiento es de uso distinto al de vivienda, el subarriendo se regirá por lo pactado por las partes, y supletoriamente por el régimen codicial.

Además, el contrato de arrendamiento representa el límite máximo de derechos que pueden corresponder al subarrendatario, ya que el arrendatario no puede transmitir más derechos que los que tiene⁸⁹, y tratándose de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda no puede el subarrendatario que destina el subarriendo a satisfacer su necesidad de vivienda permanente regirse por las normas del arrendamiento de vivienda. No sería lógico someter la relación subordinada, la subarrendaticia, a una normativa imperativa (o semiimperativa) si la relación principal se confía a la autonomía de la voluntad. El establecimiento de un régimen imperativo para la relación accesoria conduciría a coartar la libertad del contratante intermedio para configurar la relación arrendaticia, contra el designio legal, consistente en remitir a la autonomía privada la regulación de los arrendamientos para uso distinto.

V. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIONES EN EL DERECHO CATALÁN

La Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Derecho privado de Cataluña, ha redactado un texto en el que desarrolla la normativa de los contratos de arrendamiento de bienes, y que, de llegar a aprobarse, está llamado a formar parte del Libro sexto de Obligaciones y Contratos del Código civil catalán. Fue aprobado por dicha Sección a finales de julio de 2020, y está pendiente de aprobación por el Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña.

Tanto por su frecuencia en el tráfico, como por la relevancia de los intereses que se satisfacen por medio del disfrute de muchos tipos de bienes en régimen de alquiler, esta regulación, como se señala en su Exposición de Motivos, “tiene una trascendencia económica y social considerable y manifiesta la voluntad del legislador de desarrollar el derecho civil catalán incidiendo en materias que afectan de manera muy directa al aprovechamiento ordinario de los recursos económicos y al bienestar de las personas”. En este texto, el prelegislador, consciente de la necesidad de dar cobertura a realidades emergentes, regula el arrendamiento de habitaciones.

Consta de un artículo único que sustituye a todo el contenido actual del Capítulo III (Contratos sobre objeto ajeno) del Título II (Tipos contractuales) del Código civil de Cataluña, e incorpora un subcapítulo primero relativo a los contratos de arrendamiento de bienes dividido en seis secciones, la primera dedicada a las disposiciones generales del contrato (arts. 623-1 a 623-35), y las siguientes a los distintos tipos de arrendamiento por razón del objeto: arrendamiento de vivienda (arts. 623-36 a 623-90), arrendamiento de local (arts. 623-91 a 623-110), arrendamiento de fincas rústicas (arts. 623-111 a 623-145), arrendamiento de empresa (arts. 623-146 a 623-156) y renting (arts. 623-157 a 623-160).

A su vez, la sección segunda, dedicada al arrendamiento de vivienda, incluye cuatro subsecciones referidas, por este orden, a la tipología (arts. 623-36 a 623-38); al arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente (arts. 623-39 a 623-72); al arrendamiento de vivienda para otros usos (arts. 623-73 a 623-81)⁹⁰; y al arrendamiento de habitaciones, al que dedica los artículos 623-82 a 623-90.

En la Exposición de motivos se justifica la introducción de este tipo contractual indicando que se trata de una modalidad de arrendamiento que se encuentra desprovista de normativa propia y que ha crecido sustancialmente en los últimos años, no solo para un uso temporal predeterminado, sino también, en algunos casos, para convertirse en lugar de residencia más permanente. Y precisa de forma certera que la ausencia de regulación ha generado mucha incertidumbre y desprotección, sobre todo en alquileres con vocación de estabilidad⁹¹.

El arrendamiento de habitación se define como aquel en virtud del cual la parte arrendadora se obliga a atribuir al arrendatario el uso exclusivo de una habitación y el derecho a utilizar otras estancias o espacios de la vivienda de uso común, como la cocina, las cámaras higiénicas o los espacios de paso, a cambio de un precio (art. 623-82.1).

Distingue el alquiler de habitación para uso temporal, que debe considerarse el tipo básico por defecto, y el alquiler para residencia habitual permanente (art. 623-82 apartado 2), que cuenta con estándares de protección más elevados para la parte arrendataria, particularmente en cuanto a su duración.

La duración, para todo arrendamiento de habitación, la fijan las partes, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la normativa sectorial en materia de alojamientos turísticos. Si las partes no la han fijado, se entiende que es de un año (art. 623-85.1).

Si la habitación se alquila para ser utilizada como residencia habitual permanente del arrendatario y la duración pactada del contrato es inferior a tres años, llegado el vencimiento del contrato este debe prorrogarse necesariamente por plazos anuales hasta llegar a una duración mínima de tres años. Sin embargo, la parte arrendataria puede notificar a la arrendadora, con una antelación mínima de un mes, su voluntad de no continuar el arrendamiento a la fecha del vencimiento del plazo pactado o de cualquiera de las prórrogas (art. 623-85.2). Transcurridas estas prórrogas, si la parte arrendadora no ha notificado a la arrendataria, con una antelación mínima de dos meses, su voluntad de extinguir el contrato, y esta parte mantiene la posesión de la habitación y cumple sus obligaciones, el arrendamiento se prorroga sucesivamente por plazos semestrales. En este caso, cualquiera de las partes puede manifestar la voluntad de no continuar el arrendamiento si lo notifica a la otra parte, con una antelación mínima de dos meses en caso de la parte arrendadora y de un mes en caso de la arrendataria al vencimiento de cada prórroga (art. 623-85.3). Como apunta ARROYO AMAYUELAS, estas prórrogas semestrales y no por años dan idea de la poca confianza que merece al prelegislador esta fórmula habitacional. Ciertamente, la convivencia con el arrendador puede ser complicada y, en este caso, es necesario dar preferencia a su derecho a recuperar el inmueble gracias a la imposición de una vigencia del contrato más limitada en el tiempo. Visto así, continúa diciendo esta autora, incluso se diría que tres años es demasiado. De lo contrario, concluye, no se entiende por qué la duración debería ser inferior a la del arrendamiento de vivienda habitual y permanente, que es, de cinco años si el arrendador es persona física, y siete si es persona jurídica⁹², que es la duración mínima que prevé el artículo 623-42, en términos muy similares a la LAU.

Si el arrendamiento es para uso temporal, llegado el vencimiento del plazo pactado del contrato, se aplican las prórrogas semestrales del apartado 2 del artículo 623-85 (art. 623-85.3).

Tanto si el arrendamiento es para residencia habitual permanente de la parte arrendataria como si es para uso temporal, la parte arrendataria puede desistir del contrato, mediante preaviso de un mes, sin necesidad de alegar los motivos. Las partes pueden pactar en el contrato que, en caso de desistimiento, la arrendataria deba indemnizar a la arrendadora con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta por cada año que reste para llegar al vencimiento del plazo pactado o de la prórroga en curso, o la parte proporcional por los periodos inferiores a un año, hasta un máximo de tres mensualidades (art. 623-85.5).

Se obliga a formalizar el contrato en términos análogos a los demás contratos de arrendamiento de vivienda. Concretamente, el artículo 623-84 dispone que debe formalizarse por escrito y, además del contenido establecido en el artículo 623-39.1-relativo al arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente—, en lo que proceda, debe hacerse constar la descripción de la habitación, con la superficie útil expresada en metros cuadrados, y la de las estancias y espacios de uso común que pueden ser utilizados por el arrendatario; la indicación de si el arrendamiento incluye el uso de otras dependencias, espacios o servicios accesorios del inmueble, así como si incluye mobiliario y equipamiento; en la referencia al precio, de manera desglosada, ha de expresarse la parte que eventualmente asuma la parte arrendataria en los gastos de servicios y suministros comunes de la vivienda y, en su caso, del inmueble, y la forma de calcularla; también ha de señalarse el número máximo de personas que pueden ocupar la habitación, respetando lo establecido en la normativa sectorial en materia de vivienda; y finalmente, el prelegislador, consciente de la problemas específicos que se pueden dar en este tipo de arrendamiento que nacen de la convivencia entre las diferentes personas que comparten la vivienda, ya sea, el propio arrendatario—o también su familia— con el o los arrendatarios, y de estos entre sí, aunque no convivan con el arrendatario, obliga a que se hagan constar las reglas de convivencia que eventualmente tenga la vivienda para el uso adecuado de las estancias y espacios de uso común.

Además, el apartado 3 del artículo 623-84 dispone que se aplica al arrendamiento de habitación lo establecido en los apartados 2 a 5 del artículo 623-39, que prevén que, si la vivienda es arrendada con mobiliario y equipamiento, lo que constituye la regla general cuando se alquila una habitación, es necesario también adicionar al contrato un inventario de los bienes muebles y elementos de equipamiento que se incluyen, con indicación de su estado de conservación. Además, las partes contratantes pueden exigirse, en el momento de la conclusión del contrato, que el estado de la vivienda, su equipamiento y mobiliario y sus anexos sean objeto de grabación fotográfica o audiovisual y que las imágenes obtenidas se incorporen a un documento digital, a disposición de ambas partes, en un formato que preserve la integridad de su contenido. En otro orden de cosas, si el contrato no se ha hecho por escrito pero las partes han empezado a cumplirlo, ambas partes pueden compelerse a formalizarlo con el contenido a que nos hemos referido; y las partes contratantes pueden compelerse, en cualquier momento, a formalizar el contrato de arrendamiento con sus anexos en escritura pública, con los gastos a cargo de la parte que lo solicite.

Si la habitación se ha arrendado para constituir residencia habitual permanente del arrendatario, se aplica también lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 623-40 que establece que “son nulos los pactos que desplacen a la parte arrendatario”.

taria, en todo o en parte, el importe de retribuciones por servicios de intermediación contratados por la parte arrendadora o prestados efectivamente a la misma”.

La parte arrendadora puede arrendar la totalidad o una parte de las habitaciones existentes en la vivienda, y si reside en la vivienda, el arrendamiento se entiende hecho en modalidad de hogar compartido (art. 623-83), en cuyo caso el arrendamiento de habitación sigue la misma suerte del derecho de la parte arrendadora (art. 623-90.2).

Advierte de los (eventuales) límites de renta en el arrendamiento de habitación si está destinado a vivienda habitual en caso de que la vivienda esté situada en una zona tensa⁹³, pero esta cuantía máxima proporcional al precio de la vivienda completa no rige en otro caso (art. 623-86.1).

Se prevé el incremento de la renta por razón de la realización de obras de mejora de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 623-62, siempre que la mejora aproveche en la habitación o en las estancias y espacios de uso común que pueden ser utilizados por la parte arrendataria. Ahora bien, si el importe invertido en la mejora no se puede individualizar en relación con la habitación arrendada, hay que repartirlo entre todos los espacios susceptibles de ocupación independiente que se beneficien de la mejora hecha, a proporción de su superficie (art. 623-86.2).

Si se hubiese pactado que la parte arrendataria ha de asumir el pago de gastos por razón de servicios y suministros comunes de la vivienda y no se ha especificado cómo deben repartirse, habrá que hacerlo entre los espacios susceptibles de ocupación independiente a proporción de su superficie. Y si la parte arrendataria también debe asumir por contrato gastos relativos al mantenimiento del inmueble, se aplica lo dispuesto en el artículo 623-63, que se refiere a los gastos a cargo de la parte arrendataria en el arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente (art. 623-86.3).

El artículo 623-87 dispone que la parte arrendataria no puede ceder el contrato ni subarrendar la habitación sin consentimiento de la arrendadora, lo que nos parece muy acertado, ya que el régimen del Código civil que permite el subarriendo sin tal consentimiento, no resulta adecuado para el arrendamiento de habitación, ya que supondría imponer al arrendador, cuando vive en la vivienda, la convivencia con un tercero, subarrendatario de la habitación.

El contrato de subarrendamiento de habitación se extingue en caso de extinción del arrendamiento por cualquier causa (art. 623-90.3).

La mayor protección al arrendatario en el alquiler de habitación para vivienda habitual también se manifiesta al establecer su derecho a continuar en el arrendamiento en los casos de transmisión voluntaria o forzosa de la vivienda o de extinción, resolución o ineficacia sobrevenida del derecho de la parte arrendadora durante la vigencia del arrendamiento en los mismos términos dis-

puestos para el arrendamiento de vivienda los artículos 623-50 y 623-51 (art. 623-88.1). Sin embargo, cabe destacar que no se contempla la continuación en el arrendamiento de habitación que constituye la vivienda familiar en favor del cónyuge o pareja estable de la parte arrendataria por razón de crisis matrimonial o extinción de la convivencia de la pareja no casada, lo que sí se establece para el arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente en el artículo 623-49.

Además, se reconoce el derecho de adquisición preferente del arrendatario de habitación para el caso de transmisión onerosa de la vivienda donde se encuentra la habitación arrendada, siempre que así se haya pactado en el contrato. Si no se ha establecido de otro modo, el derecho debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 623-52 a 623-55 relativos al arrendamiento de vivienda. Si se hubieran otorgado derechos de adquisición preferente a varios arrendatarios, su prelación viene determinada por la antigüedad de los contratos (artículo 623-88.2).

Si el arrendamiento de habitación es para residencia habitual permanente, la parte arrendataria tiene la obligación de prestar fianza en importe equivalente a una mensualidad de renta. Y si es para otro uso, la fianza tendrá un importe equivalente a dos mensualidades de renta si el contrato tiene una duración de un año o superior. Si esta es inferior a un año, el importe de la fianza será proporcional a la duración pactada. Las partes también pueden convenir garantías adicionales en los términos correspondientes a la modalidad de arrendamiento de que se trate (art. 623-89).

Por otra parte, el artículo 623-90.1 prevé que el contrato de arrendamiento de habitación se extingue por las causas generales de extinción del contrato de arrendamiento de vivienda.

Finalmente, el artículo 623-45.1 y 2, relativo al arrendamiento de vivienda, dispone que la parte arrendataria puede subarrendar la vivienda en su totalidad, por causa justificada y por un periodo máximo de un año, sin que sea necesario el consentimiento de la arrendadora, y, si no ha sido excluido en el contrato, la parte arrendataria también puede subarrendar la vivienda parcialmente en modalidad de hogar compartido, debiendo sujetarse a las normas del arrendamiento de habitaciones.

VI. CONCLUSIONES

I. La dificultad de acceso a una vivienda alquilada, provocada, fundamentalmente, por sus altos precios en relación con el nivel de ingresos de muchos ciudadanos, ha llevado al crecimiento sustancial en los últimos años del alquiler

de habitaciones como vivienda permanente del arrendatario, sobre todo entre colectivos vulnerables y entre jóvenes que encuentran en este modo colaborativo o participativo de convivencia una vía para independizarse, como se pone de manifiesto en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, que contempla entre los beneficiarios de sus ayudas, no solo a los inquilinos de viviendas completas, sino también de habitaciones.

II. Cuando hablamos de alquiler de habitaciones nos referimos al arrendamiento que recae en exclusiva sobre una habitación, y en el que se concede además un derecho al uso compartido de las dependencias de las que se sirven simultáneamente los restantes ocupantes de la vivienda, como es el cuarto de baño y la cocina, debiendo el arrendatario abonar una renta y, generalmente también, el importe de los gastos por los servicios utilizados (agua, electricidad...).

III. No existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia menor sobre el régimen jurídico aplicable a este tipo de alquileres cuando se destinan a vivienda permanente del arrendatario: el de la Ley de Arrendamientos Urbanos o el del Código Civil. Y en el primer caso, el del arrendamiento de vivienda, con su característico régimen tuitivo del arrendatario, o el propio del arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Esta cuestión es particularmente importante a los efectos de determinar la duración del contrato ya que es la que ocasiona mayor litigiosidad.

IV. En nuestra opinión, y por las razones que se exponen en el texto, el arrendamiento de habitaciones destinado a vivienda permanente del arrendatario no queda sometido a la legislación especial arrendaticia sino al Código civil.

V. Igualmente se plantean serias dudas sobre el régimen jurídico aplicable al subarriendo de habitación destinado a vivienda permanente, tanto si quien arrienda es el arrendatario de vivienda, como si es el arrendatario para uso distinto del de vivienda.

VI. Con independencia de la posición que se mantenga sobre el régimen jurídico aplicable a estos contratos, nos parece que las normas del arrendamiento de viviendas de la Ley de Arrendamientos Urbanos no resultan adecuadas para responder a las particularidades del arrendamiento de habitaciones con uso compartido de otras estancias, pero tampoco lo hace el Código civil. A esta falta de adecuación de la normativa aplicable, debemos sumar la inseguridad jurídica que origina una jurisprudencia menor que carece de un criterio uniforme. Todo ello hace necesaria la elaboración de una normativa específica que dé respuesta a las muchas cuestiones que plantea este contrato, y que otorgue a los contratantes la debida estabilidad en la tenencia, unida a una cierta dosis de flexibilidad para poder atender a los posibles problemas de convivencia que pueden surgir entre el arrendador y el o los arrendatarios, o entre estos.

VII. Esta es la senda que ya ha iniciado la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Derecho privado de Cataluña, que ha redactado un texto en el que desarrolla la normativa de los contratos de arrendamiento de bienes, y que, de llegar a aprobarse, está llamado a formar parte del Libro sexto de Obligaciones y Contratos del Código civil catalán. Fue aprobado por la Sección a finales de julio de 2020, y está pendiente de aprobación por el Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña. En este texto, el prelegislador, consciente de la necesidad de dar cobertura a realidades emergentes, regula el arrendamiento de habitaciones.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

• Sentencias del Tribunal Supremo

STS, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1954.

STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986.

STS, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 1987.

STS, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 1995.

STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2000.

STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2000.

STS, Sala de lo Civil, de 26 de julio de 2001.

• Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 19 de abril de 2004.

SAP de Madrid, secc. 21.^a, de 30 de noviembre de 2004.

SAP de Cádiz, secc. 2.^a, de 18 de julio de 2006.

SAP de Vizcaya, secc. 5.^a, de 21 de julio de 2006.

SAP de Zaragoza, secc. 5.^a, de 26 de octubre de 2006.

SAP de Madrid, secc. 14.^a, de 13 de diciembre de 2006.

SAP de Madrid, secc. 11.^a, de 11 de abril de 2007.

SAP de Madrid, secc. 14.^a, de 10 de julio de 2007.

SAP de Barcelona, secc. 4.^a, de 8 de mayo de 2008.

SAP de Barcelona, secc. 4.^a, de 1 de febrero de 2010.

SAP de Islas Baleares, secc. 3.^a, de 20 de mayo de 2010.

SAP de Madrid, secc. 20.^a, de 15 junio de 2011.

SAP de Barcelona, secc. 13.^a, de 20 de diciembre de 2011.

SAP de Burgos, secc. 2.^a, de 20 de diciembre de 2011.

SAP de Madrid, secc. 14.^a, de 27 de marzo de 2012.

SAP de Barcelona, secc. 4.^a, de 7 de junio de 2012.

- SAP de Madrid, secc. 25.^a, de 14 de abril de 2014.
- SAP de Cádiz, secc. 8.^a, de 30 de noviembre de 2015.
- SAP de Valladolid, secc. 3.^a, de 15 de diciembre de 2015.
- SAP de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 14 de septiembre de 2017.
- SAP de Madrid, secc. 11.^a, de 26 de septiembre de 2017.
- SAP de Madrid, secc. 25.^a, de 20 de febrero de 2018.
- SAP de Madrid, secc. 9.^a, de 28 marzo de 2019.
- SAP de Islas Baleares, secc. 3.^a, de 3 abril de 2020.
- SAP de Madrid, secc. 14.^a, de 5 de mayo de 2020.
- SAP de Madrid, secc. 25.^a, de 16 de junio de 2021.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1989). *La Ley de Arrendamientos Urbanos*, T. I.. Granada: Comares.
- Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid (2014). *Guía práctica para el alquiler de vivienda*, disponible en: <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UrbanismoyVivienda/Vivienda/Oficina%20Informacion%20Vivienda/Gu%C3%ADas%20pr%C3%A1cticas/GAlqVivweb.pdf>
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). L'arrendament d'habitatge per a usos distints de la residència habitual. En Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Gerona: Documenta Universitaria (pp. 503-555), disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21072/DretCivil2021-11-Arroyo_Amayuelas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- BOTELLO HERMOSA, J. M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754 (pp. 1000–1038).
- CLEMENTE MEORO, M. (1994). En R. Valpuesta Fernández (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva suma de arrendamientos urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO, J. V. (2007). *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, T. I, Parte Primera I. Barcelona: Bosch.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018). Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Actualidad Civil*, núm. 4.
- (2018) *Normativa aplicable al contrato de arrendamiento de habitaciones*, disponible en: <https://elderecho.com/normativa-aplicable-al-contrato-de-arrendamiento-de-habitaciones>
- (2021) Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanente, *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. En Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-ven-*

- da, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitari (pp. 481-502), disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21071/DretCivil2021-10-Fuentes-Lojo_Rius.pdf?sequence=1
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.) (2004). ¿Qué calificación tiene el arrendamiento de habitaciones dentro de una vivienda sin servicios complementarios, es decir, un arrendamiento parcial? ¿Se aplica la LAU u otra normativa? *Sepín*.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1996). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*. Madrid: Tecnos.
- GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutierrez, (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters.
- MARTENS JIMÉNEZ, I. L. (2021). Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4 (pp. 49-101), disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/8117/8596>
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2019). *Ley de Arrendamientos Urbanos: actualizado al Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Barcelona: Bosch.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2001). Cesión de contrato y subarriendo de vivienda, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7 (pp. 21-35).
- PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* T. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- REGLERO CAMPOS, F. y COSTAS RONDAL, L. (2020). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROJO AJURIA, L. (1995). En F. Pantaleón Prieto (dir.). *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas.
- SIMÓN MORENO, H. (2018). El lloguer d'habitacions. En S. Nasarre Aznar, H. Simón Moreno y E. Molina Roig (dirs.). *Un nou dret d'arrendaments urbans per afavorir l'accés a l'habitatge*. Barcelona: Atelier (pp. 320-341).
- VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M. (2020). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (1994). En M. R. Valpuesta Fernández (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar” PID 2021-124953NBI00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y dirigido por Matilde Cuenca Casas. El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Territorial (IDEIR). Universidad Complutense de Madrid.

² Según el Preámbulo del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, los últimos datos de Eurostat revelan que en España el 35,9 % de la población que reside en una vivienda en alquiler a precios de mercado destina más del 40 % de sus ingresos al pago del alquiler, lo que representa una cifra que está situada más de diez puntos porcentuales por encima del porcentaje medio de sobrecarga al pago del alquiler a precios de mercado del conjunto de la Unión Europea, que se encuentra en el 25,2 %.

³ BOE núm. 16, de 19 de enero de 2022.

⁴ El “Programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico” admite otra opción que consiste en la ayuda para la adquisición de vivienda habitual y permanente localizada en un municipio o núcleo de población de pequeño tamaño (art. 52).

⁵ En todos los casos, la condición de vivienda o habitación habitual y permanente deberá acreditarse mediante certificado o volante de empadronamiento en el que consten, a fecha de la solicitud, las personas que tienen su domicilio habitual y permanente en la vivienda objeto de arrendamiento o cesión o en la que se ubique la habitación objeto de arrendamiento o cesión; y en el caso de personas beneficiarias que estén en condiciones de acceder a un arrendamiento o cesión de vivienda o habitación, el citado certificado o volante deberá aportarse en el plazo de dos o tres meses —según la ayuda de que se trate— desde la notificación de la resolución de concesión de la ayuda, que quedará condicionada a su aportación [arts. 7, 27.1.b) y 53.1.c)].

⁶ *Vid. ut infra* IV.1.

⁷ MARTENS JIMÉNEZ, I. L. (2021). Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, p. 68, disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/8117/8596>.

⁸ Artículo recientemente modificado por la disposición final 1.1 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

⁹ El artículo 32.1 LAU se aplica únicamente cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional en cuyo caso el arrendatario podrá subarrendar la finca sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador. Este precepto no es aplicable al arrendamiento de habitación que estamos estudiando puesto que se destina a vivienda permanente. En este caso hay que acudir al Código Civil.

¹⁰ PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* T. III. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 56; y CLEMENTE MEORO, M. (1994). En R. Valpuesta Fernández (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 90.

¹¹ GIL RODRÍGUEZ, J. (1996). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*. Madrid: Tecnos, p. 175.

¹² Ante el silencio de la LAU sobre el contrato de hospedaje, considera ROJO AJURIA, L. (1995). En F. Pantaleón Prieto. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* Madrid: Civitas, p. 136, que, “mientras se cumpla el requisito del artículo 2.1, que el destino primordial

del arrendamiento sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, no está excluido que el arrendatario pueda realizar actividades accesorias. El límite estaría entonces en que la industria doméstica del hospedaje no se convirtiese en el destino primordial del arrendamiento. Limitadas seriamente las posibilidades del subarriendo, queda abierta para el arrendatario la salida del hospedaje”.

¹³ SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de abril de 2004 (JUR 2004, 151956). En el mismo sentido, dice la SAP de Madrid de 30 noviembre de 2004 (JUR 2005, 35373): “La nota diferenciadora entre el subarriendo parcial y el hospedaje está en que en el primero el inquilino o arrendatario cede el uso y disfrute de alguna de las habitaciones de la vivienda alquilada, y en el hospedaje además de ceder ese uso y disfrute presta al inquilino algún servicio más, como son los de limpieza y arreglo de la habitación, lavado y planchado de ropa, manutención total o solo desayuno, etc. (STS de 8 de enero de 1960, 29 de octubre de 1962, 20 de junio de 1995, etc.). Además, otras notas diferenciadoras son en el hospedaje que las personas a quienes se les cede ese uso son indiscriminadas, y por tiempo también indeterminado, es decir, el público no suele estar seleccionado por ninguna cualidad específica, y la relación con él es poco estable, justo el tiempo que la persona que acude a la pensión, quiere, sin que esté obligado a permanecer un tiempo concreto”.

¹⁴ RJ 1995, 4932.

¹⁵ CLEMENTE MEORO, M. (1994). En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. ob. cit., p. 90 y GIL RODRÍGUEZ, J. (1996). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, ob. cit., p. 175.

¹⁶ FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO, J. V. (2007). *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, T. I, Parte Primera I. Barcelona: Bosch, p. 54 estiman que, aunque el artículo 5 LAU no lo dice, han de estar excluidos los arrendamientos complejos que una jurisprudencia reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo vino excluyendo del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Igualmente, GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutierrez, (dirs.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova Thomson Reuters, p. 25, señala que cabe sancionar como principio general el de que, al no tener el arrendamiento complejo como objeto únicamente una edificación, debe quedar al margen de la categoría contractual contemplada en la norma especial.

¹⁷ JUR 2021, 299936.

¹⁸ En sentido similar, la SAP de Madrid de 20 de febrero de 2018 (JUR 2018, 126045) confirma la sentencia recurrida que había desestimado la demanda interpuesta por la Comunidad de propietarios, que carecía de estatutos, ejercitando acción de cesación de actividad desarrollada por el demandado en la vivienda de su propiedad por ser contraria al artículo 7.2 LPH, al considerar que el destino dado a la vivienda por el demandado no es una actividad de hostedería y sí de arrendamiento temporal de habitaciones; utilización que no contradice el destino de la vivienda conforme a la descripción de la misma en el título de propiedad.

¹⁹ JUR 2012, 167610.

²⁰ BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2021.

²¹ Artículo 2.1 que añade una nueva letra p en el artículo 3 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.

²² Artículo 2.3 que añade un nuevo artículo 18 bis a la Ley del derecho a la vivienda de Cataluña. En su apartado 3 dispone: “*Cuando los alojamientos con espacios comunes complementarios ocupan la totalidad de un edificio, este edificio no se puede dividir en propiedad horizontal. En caso de que ocupen una parte de un edificio en propiedad horizontal, esta parte tiene que configurarse como un solo elemento privativo diferenciado de los otros elementos*”.

que se integran en el mismo régimen de propiedad horizontal, como viviendas, locales o aparcamientos”.

²³ Artículo 2.1 que añade una nueva letra q en el artículo 3 de la Ley de derecho a la vivienda de Cataluña.

²⁴ Exposición de Motivos 1.9 del Decreto-ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler de la Generalitat de Cataluña.

²⁵ ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). L'arrendament d'habitatge per a usos distints de la residència habitual, En Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, p. 543 nota 107, disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21072/DretCivil2021-11-Arroyo_Amayuelas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁶ Aun no existe ninguna sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

²⁷ VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M. (2020). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 83.

²⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (1994). En M. R. Valpuesta Fernández (coord.). *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 49.

²⁹ GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, p. 36.

³⁰ GUILARTE GUTIERREZ, V., (2014), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, p. 41; y VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M. (2020). *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, *ob. cit.*, p. 102.

³¹ FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018). Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Actualidad Civil*, núm. 4.; (2018) *Normativa aplicable al contrato de arrendamiento de habitaciones*, disponible en: <https://elderecho.com/normativa-aplicable-al-contrato-de-arrendamiento-de-habitaciones>; (2021) *Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanent, Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. En Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitari, p. 482, disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/21071/DretCivil2021-10-Fuentes-Lojo_Rius.pdf?sequence=1 En el mismo sentido, FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO, J. V. (2007). *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, *ob. cit.*, p. 73.

En una encuesta jurídica que aparece en la revista *Sepin* de diciembre de 2004, CREMADES MORANT, J., ILLESCAS RUS, A.V., BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A., FERRER GUTIERREZ, A., FÍNEZ RATÓN, J. M., ALCALÁ NAVARRO, A. consideran aplicable la Ley de Arrendamientos Urbanos; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. sin embargo, estima que el arrendamiento de habitación está sometido al Código civil. Para ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda [FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.) (2004). *¿Qué calificación tiene el arrendamiento de habitaciones dentro de una vivienda sin servicios complementarios, es decir, un arrendamiento parcial? ¿Se aplica la LAU u otra normativa? Sepin*]. *Vid.* el comentario que hace a cada una de las opiniones vertidas en esta encuesta BOTELLO HERMOSA, J. M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. *¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil? Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, pp. 1018-1025.

³² ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). L'arrendament d'habitatge per a usos distints de la residència habitual, ob. cit., pp. 544, 545 y 547.

³³ JUR 2006, 285424.

³⁴ JUR 2007, 63427.

³⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 97266), en relación con la resolución por impago de rentas de un arrendamiento de habitación, admite que estamos ante un arrendamiento urbano, pero sin llegar a calificarlo como de vivienda o no, y acude al artículo 27.2.a) LAU para estimar que concurre la causa resolutoria alegada por el demandante; artículo aplicable al arrendamiento de vivienda, pero también al arrendamiento para uso distinto del de vivienda por la remisión que a él hace el artículo 35 LAU.

³⁶ JUR 2007, 63427.

³⁷ A estos argumentos se suma que el propio contrato objeto de litigio denomina al objeto arrendado como “apartamento” y que en una anterior demanda de desahucio por falta de pago se habla de “apartamento de huéspedes” o más generalmente de “apartamento”.

³⁸ JUR 2007, 212580.

³⁹ JUR 2007, 116895.

⁴⁰ JUR 2008, 196063.

⁴¹ Cabe destacar el caso que se presenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010, 148490). En este supuesto se estima la demanda de desahucio por precario que interpone el propietario de la vivienda en la que se encuentra la habitación inicialmente alquilada. El arrendatario había suscrito un contrato de arrendamiento de habitación y cuarto de baño con una duración de un año, pactándose una renta mensual. Transcurrido ese periodo de tiempo, el contrato no se renovó ni consta recibo alguno posterior a la fecha de su finalización. Pues bien, en este caso entiende el tribunal que se trata de un contrato de arrendamiento de temporada que se extinguió por finalización del plazo, sin que constase que el arrendatario hubiese pagado ninguna renta con posterioridad a pesar de que continuó en la posesión de la habitación durante cinco años más, surgiendo una situación jurídica nueva consolidada a lo largo del tiempo en virtud de la cual la ocupación de la habitación había tenido lugar por mera liberalidad del propietario y sin contraprestación alguna por parte del ocupante.

⁴² Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de julio de 2006 (JUR 2007, 95912) y en la de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de abril de 2014 (JUR 2014, 163881).

⁴³ ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1989). *La Ley de arrendamientos urbanos*, T. I. Granada: Comares, p. 25.

⁴⁴ Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 116895), 10 de julio de 2007 (JUR 2007, 307742), 28 de marzo de 2019 (JUR 2019, 133992) y 5 de mayo de 2020 (JUR 2020, 239639); sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 2008 (JUR 2008, 196063) y 7 de junio de 2012 (JUR 2012, 282178); sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 20 de mayo de 2010 (JUR 2010, 238545) y 3 de abril de 2020 (JUR 2020, 154896); sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 3108); sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 30 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 91927); sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 35422); y sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 253797).

⁴⁵ JUR 2017, 253797.

⁴⁶ *Vid. ut supra* III.3.

⁴⁷ JUR 2016, 35422.

⁴⁸ RJ 1986, 517.

⁴⁹ RJ 2000, 115. En el mismo sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 5287).

⁵⁰ Ya se habían pronunciado en esta línea, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1954 y 16 de enero de 1987 (RJ 1987, 302).

⁵¹ JUR 2010, 238545.

⁵² En los mismos términos que ya hizo la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de julio de 2006 (JUR 2007, 95912) en relación con el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

⁵³ Art. 6.1c): “*Ser titular o estar en condiciones de suscribir, en calidad de persona arrendataria, un contrato de arrendamiento de vivienda formalizado en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos o, en calidad de persona cesionaria, de un contrato de cesión de uso. En el caso de alquiler de habitación no es exigible que la formalización sea en los términos de la Ley 29/1994*”.

⁵⁴ Art. 27.1.a): “*Ser titular, en calidad de arrendatario, de un contrato de arrendamiento de vivienda formalizado en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos o de un contrato de cesión de uso o de arrendamiento o cesión de uso de una habitación*”.

Art. 53.1.c): “*Ser titular o estar en condiciones de suscribir un contrato de arrendamiento de vivienda formalizado en los términos de la Ley 29/1994, en calidad de arrendatario, de un contrato de cesión en uso en calidad de cesionario o de alquiler o cesión de uso de habitación en calidad de arrendatario o cesionario*”.

⁵⁵ Esta es también la opinión que mantienen PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, p. 57; GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, ob. cit.*, p. 35; SIMÓN MORENO, H. (2018). El lloguer d'habitacions. En S. Nasarre Aznar, H. Simón Moreno y E. Molina Roig (dirs.). *Un nou dret d'arrendaments urbans per afavorir l'accés a l'habitatge*. Barcelona: Atelier, p.327-330; y BOTELLO HERMOSA, J. M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?, *ob. cit.*, p. 1024. VALLADARES RASCÓN, E. y ORDÁS ALONSO, M. (2020). En *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos, ob. cit.*, p. 108, tras estudiar la jurisprudencia sobre el tema, consideran que el arrendamiento de habitaciones debe quedar excluido del arrendamiento para uso de vivienda, y ello a pesar de que existan zonas comunes. Sin embargo, no señalan si su régimen jurídico es el del arrendamiento urbano para uso distinto del de vivienda o el del Código Civil.

También se sostiene esta postura en la Guía práctica sobre alquiler de viviendas del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid, al decir en la p. 61: “Hoy en día muchas personas optan por alquilar una o más habitaciones de una vivienda, en lugar de arrendar la vivienda completa. Este alquiler de habitación no se considera alquiler de vivienda a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos pues sólo se está arrendando una parte de la misma, y por lo tanto, no está sometido a dicho régimen, ni está amparado por el sistema de garantías que establece la regulación de arrendamientos urbanos tanto para el arrendador como para el arrendatario. Estos contratos se han de regular por las disposiciones generales del Código Civil en materia de arrendamiento (artículos 1.542 a 1.582), o bien podrían asimilarse, en algunos casos, al denominado derecho de “uso o habitación” que también está regulado genéricamente por el Código Civil (artículos 523 a 529, y reglas del usufructo)”. Disponible en: <https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UrbanismoyVivienda/>

Vivienda/Oficina%20Informacion%20Vivienda/Gu%C3%ADas%20pr%C3%A1cticas/GAlq-Vivweb.pdf

⁵⁶ GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, p. 35. En este sentido, SIMÓN MORENO, H. (2018). El lloguer d'habitacions, *ob. cit.*, pp.327-330; y BOTELLO HERMOSA, J. M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?, *ob. cit.*, p. 1024.

⁵⁷ PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, pp. 124 y 126.

⁵⁸ Así sucede en el supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de mayo de 2005 (JUR 2005, 169610).

⁵⁹ Como apunta PARRA LUCÁN, M. A., (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, p. 57.

⁶⁰ JUR 2010, 238545.

⁶¹ ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). L'arrendament d'habitatge per a usos distints de la residència habitual, *ob. cit.*, pp. 544 y 545.

⁶² *Vid. ut supra* III.3.

⁶³ Si el arrendatario de la habitación deja de abonar el pago de la renta o expirase el plazo del contrato, el arrendador puede acudir al juicio de desahucio previsto en el artículo 250.1.1.º LEC, que indica que se sustanciará por los cauces del juicio verbal las demandas que tengan su fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, con las particularidades expresadas en la propia ley procesal, ya que este procedimiento no está previsto solamente para los arrendamientos sometidos a la legislación arrendaticia especial.

⁶⁴ Como apunta la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 2021 (JUR 2021, 299936).

⁶⁵ En el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se regulaba en los artículos 10-21 el subarriendo de vivienda y en el artículo 22 el subarriendo de locales de negocio.

El artículo 10 exigía siempre la autorización expresa y escrita del arrendador y la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa-habitación, salvo que concudiesen las circunstancias del artículo 18, es decir, cuando no excediera de dos el número de subarrendatarios que con el cónyuge y los hijos sometidos a su potestad fuesen a ocupar su vivienda, no se alterase el destino de esta y, en el término de 30 días naturales siguientes a la fecha de celebración del respectivo contrato de subarriendo, el inquilino se lo notificase de modo fehaciente al arrendador, con expresión del nombre del subarrendatario; el artículo 11 establecía la posibilidad de subarrendar las viviendas total o parcialmente, presumiéndose el subarriendo parcial; el artículo 12 disponía limitaciones en el precio del subarriendo; el artículo 13 regulaba una acción revisora del precio y del mobiliario; el artículo 14 admitía la participación del arrendador en el precio del subarriendo; el artículo 15 regulaba la posibilidad de que en los subarriendos totales o parciales, el arrendador exigiese del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo; en el artículo 16, se preveía la acción directa del arrendador contra el subarrendatario para exigir la reparación de los deterioros causados dolosa o negligentemente en la vivienda; en el artículo 17, se recogía la prohibición impuesta al arrendatario de no subarrendar más de una vivienda en la misma población; el artículo 19 prohibía que el subarriendo supusiese la transformación de la vivienda en local de negocio y el artículo 20 que el subarrendatario a su vez subarrendase; y finalmente, el artículo 21 excluía de este régimen el contrato de hospedaje.

Para el subarrendamiento de locales de negocio, el artículo 22 exigía siempre la autorización expresa y escrita del arrendador; disponía que el precio sería libremente pactado y la aplicación a esta clase de subarriendos de lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 20 para el de viviendas.

⁶⁶ El régimen del artículo 1550 del Código civil es más permisivo, pues permite el subarriendo total o parcial de la cosa arrendada siempre que en el contrato de arrendamiento no se prohíba expresamente.

⁶⁷ Con esta regulación se modifica el criterio mantenido por el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que admitía el subarriendo total, al disponer en el artículo 11: “1. Las viviendas podrán subarrendarse total o parcialmente. El subarriendo total recaerá sobre todas las habitaciones, con inclusión de las destinadas a los servicios, y habrá de celebrarse con una sola persona. El subarriendo parcial podrá serlo de una o más habitaciones y con distintas personas. 2. Se presumirá, sin admitirse prueba en contrario, que es parcial el subarriendo cuando el inquilino siga habitando la vivienda y que es total cuando no permanezca en ella”.

⁶⁸ Aunque tal posibilidad no se encuentra prohibida de forma expresa, lo cierto es que la pluralidad de arrendamientos que recaen sobre la totalidad de la vivienda equivale a un subarriendo total (art. 7 LAU a contrario) (CLEMENTE MEORO, M. (1994). *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., pp. 91 y 92).

⁶⁹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 131, matiza que de la lectura conjunta de los artículos 4.2 y 6, al subarriendo de vivienda se aplicarán, por este orden, los pactos de las partes favorables para el subarrendatario, las normas del Título II, los pactos praeter legem de las partes, y, supletoriamente, el Código Civil.

⁷⁰ REGLERO CAMPOS, F. y COSTAS RONDAL, L. (2020). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 272. En cambio, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 195; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., pp. 132 y 133; MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2001). Cesión de contrato y subarriendo de vivienda, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 7, p. 32; y FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva suma de arrendamientos urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 95, consideran, frente a la opinión de la doctrina que sitúa el régimen codicial como primera fuente supletoria de la autonomía privada, que es más adecuada la remisión al Título III de la ley; en consecuencia, las posibles deficiencias del programa contractual deberán integrarse acudiendo al sistema de fuentes que diseña el artículo 4.3 LAU: voluntad de las partes, en su defecto, Título III LAU, y, finalmente, el Código civil.

⁷¹ Como señala RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 18, el escueto y simplista contenido del artículo 8 LAU “sume al lector en una gran perplejidad, pues del mismo no se extrae hasta donde es posible la aplicación del Título II, o lo que es igual, en qué medida se extiende al subarrendatario el carácter tuitivo de la normativa sobre arrendamiento de vivienda”.

⁷² GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 194.

⁷³ GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 197.

⁷⁴ Vid. el detenido estudio de la extinción del contrato de subarriendo que realiza RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., pp. 168 y ss.

⁷⁵ La misma duda la expresa PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, ob. cit., p. 124.

⁷⁶ JUR 2011, 290303.

⁷⁷ La cursiva es nuestra.

⁷⁸ Así, GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., en la p. 35 excluye que constituya un arrendamiento de vivienda el arrendamiento de habitación, “es decir de aquellas dependencias que, a los efectos de satisfacer en su integridad la necesidad de morada, tiene elementos comunes a otras habitaciones o dependencias”, por no concurrir el requisito de la habitabilidad, pero en las pp. 193 y 199, al referirse al subarriendo de vivienda y la aplicación al mismo del Título II de la ley, lo entiende referido al arrendamiento de habitación o de dependencias de la vivienda, sin más matización. Sin embargo, FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, ob. cit., p. 95, sí dicen de forma expresa que el subarriendo parcial es lo que popularmente se conoce como subarriendo por habitaciones o de vivienda compartida.

⁷⁹ Vid. ut supra III.4.

⁸⁰ PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, ob. cit., pp. 124 y 126.

⁸¹ REGLERO CAMPOS, F. y COSTAS RONDAL, L. (2020). En *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, ob. cit., p. 268; GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 189; PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, ob. cit., p. 126. En contra CLEMENTE MEORO, M. (1994). En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 91, que entiende que es nulo por ser tal pacto contrario a una norma imperativa, salvo que de la interpretación de la voluntad de las partes se concluyera que su voluntad fue la de ceder el contrato, subrogándose el tercero en la posición del arrendatario y abandonando este la relación arrendaticia. En tal caso se trataría de una cesión y sería aplicable lo dispuesto en el artículo 8.1 LAU.

⁸² Esta es la opinión que mantienen, entre otros, REGLERO CAMPOS, F. y COSTAS RONDAL, L. (2020). En *Comentarios a la Ley de Arrendamiento Urbanos*, ob. cit., p. 268; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., pp. 94 y 95; PARRA LUCÁN, M. A. (2014). *El contrato de arrendamiento urbano*, ob. cit., p. 126; y MARTÍN CONTRERAS, L. (2019). *Ley de arrendamientos urbanos: actualizado al Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*. Barcelona: Bosch, p. 146.

⁸³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., pp. 94 y 95.

⁸⁴ CLEMENTE MEORO, M. (1994). En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., p. 87, así lo entiende para los supuestos en que se deduzca de la intención de las partes contratantes; GUILARTE GUTIERREZ, V. (2014). En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 190, lo entiende extensible a todos los supuestos en que objetivamente el inquilino abandone el uso de la vivienda arrendada y el subarrendatario lo colme. PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano ob. cit., p. 126, considera que, si la intención de las partes es sustituir en el contrato de arrendamiento al arrendatario y que este desaparezca de la relación arrendaticia, será cesión de contrato con independencia de cómo lo hayan denominado las partes.

⁸⁵ PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento urbano, *ob. cit.*, p. 127.

⁸⁶ Por ejemplo, una ONG alquila una vivienda para subarrendarla a cambio de un precio económico a los familiares de enfermos que están sometidos a tratamiento médico en una localidad distinta de aquella en la que tienen su residencia permanente.

⁸⁷ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, p. 106.

⁸⁸ Así lo entiende CLEMENTE MEORO, M. (1994). En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, p. 92, al señalar que solo cuando el arrendamiento sea de vivienda podrá ser el subarriendo de vivienda y si el arrendamiento es de uso distinto al de vivienda, el subarriendo se regirá por lo pactado entre las partes. Sin embargo, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2005). *El subarriendo en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, pp. 133-138, considera que el subarriendo de habitaciones para vivienda permanente por el arrendatario para uso distinto del de vivienda sí se somete a la legislación especial, pero a las normas del arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En su opinión, la regla del artículo 8.2 párrafo 2.º LAU, según la que el subarriendo para uso distinto del de vivienda se regulará por los pactos de las partes, coincide con la que establece el artículo 4.3, que dispone, tras establecer la autonomía de la voluntad como primera fuente normativa, la aplicación supletoria del Título III, y finalmente como supletoria de segundo grado, la del Código Civil. A su juicio, en el ámbito del arrendamiento para uso distinto del de vivienda, sea o no el subarriendo de vivienda, debe aplicarse lo pactado por las partes, el Título III de la LAU y cómo supletoria de segundo grado, la regulación del Código Civil.

⁸⁹ CLEMENTE MEORO, M. (1994). En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, *ob. cit.*, p. 92.

⁹⁰ Por lo tanto, prescinde de la tradicional distinción entre arrendamientos urbanos y rústicos y distingue, dentro de los arrendamientos de bienes, diferentes tipos sin atender a tal criterio: arrendamientos de vivienda, de local, de fincas rústicas, de empresa y renting. A su vez, dentro de los arrendamientos de vivienda, distingue entre el arrendamiento de vivienda habitual permanente —lo que en la LAU es el arrendamiento de vivienda— y el arrendamiento de vivienda para otros usos, que es aquel que está destinado a residencia secundaria o a satisfacer necesidades de vivienda ocasionales o limitadas en el tiempo de la parte arrendataria, por razones personales, laborales, de estudios, vacacionales o de una índole parecida (art. 623-36.3), que en la LAU tienen el carácter de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3 LAU), con las salvedad de los arrendamientos vacacionales previstos en el art. 5.e) LAU, que quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

⁹¹ Exposición de Motivos III b) párrafo 12.

⁹² ARROYO AMAYUELAS, E. (2021). L'arrendament d'habitatge per a usos distints de la residència habitual, *ob. cit.*, p. 552.

⁹³ Art. 6.5 Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas de Cataluña y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda: “*En el supuesto de que una vivienda sujeta al régimen de contención de rentas regulada por esta ley sea objeto de varios contratos de arrendamiento de vigencia simultánea que afecten a partes concretas distintas, la suma de las rentas acordadas en los diversos contratos no podrá rebasar la renta máxima aplicable al arrendamiento unitario de la vivienda, determinada de acuerdo con el presente artículo*”.

*Trabajo recibido el 7 de febrero de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*

DICTÁMENES Y NOTAS

La incidencia de la ciberseguridad en la conformidad de los bienes con elementos digitales

The impact of cybersecurity on the conformity of goods with digital elements

por

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

*Profesor lector Serra Húnter. Departamento de Derecho privado
Universidad Autónoma de Barcelona*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar la interacción que se produce entre la Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, y la nueva propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia. Ambas legislaciones regulan las obligaciones de dos operadores económicos que se encuentra en diferentes fases de la cadena de producción del producto, los vendedores y los fabricantes.

La propuesta de Reglamento sobre ciberresiliencia prevé unos procedimientos para determinar la conformidad de los productos digitales en el momento en que estos son introducidos en el mercado. Por tanto, la diligencia del fabricante también afectará a la responsabilidad vendedor de estos productos, cuando se revelen no conformes con el contrato de compraventa. En este sentido, la actual Directiva (UE) 2019/771 no prevé la ciberseguridad como un criterio para declarar la conformidad de los bienes con elementos digitales. Asimismo, la responsabilidad del vendedor por faltas de conformidad está limitada por un plazo de tiempo de dos años, mientras que el fabricante debe mantener la declaración de conformidad de sus productos con elementos digitales durante toda la vida útil del producto o por un plazo de 5 años y suministrar actualizaciones de seguridad.

Este trabajo se enfrenta a los problemas que plantea la interacción de ambas legislaciones y discute sus posibles soluciones.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the interplay between Directive (EU) 2019/771 on certain aspects of contracts for the sale of goods and the new proposal for a Regulation on cyber-resilience. Both regulations address the obligations of two economic operators at different stages of the supply chain, the sellers and the manufacturers.

The proposal of Cyber Resilience Act provides for procedures to determine the conformity of products with digital elements at the time they are introduced on the market. Therefore, the manufacturer's diligence will also affect the seller's liability for these products when they are revealed to be faulty with the sales contract. In this regard, the current Directive (EU) 2019/771 does not provide for cybersecurity as a criterion for determining the conformity of goods with digital elements. Also, the seller's liability for non-conformity is limited to a time period of two years, while the manufacturer must maintain the conformity of its products with digital elements for the lifetime of the product by providing security updates. This paper addresses the problems posed by the interaction of the two legislations and discusses possible solutions.

PALABRAS CLAVE: Conformidad, ciberseguridad, ciber resiliencia, inteligencia artificial, productos con elementos digitales, bienes con elementos digitales.

KEY WORDS: *Conformity, cybersecurity, cyber resilience, artificial intelligence, products with digital elements, goods with digital elements*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NUEVA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE CIBER RESILIENCIA. 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. LAS OBLIGACIONES DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS. 3. LA PRESUNCIÓN DE CONFORMIDAD EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD Y LA DECLARACIÓN (UE) DE CONFORMIDAD.—III. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/771. 1. IDEAS GENERALES. 2. LAS ACTUALIZACIONES DE SEGURIDAD. 3. LA INCIDENCIA DE LA CIBERSEGURIDAD EN LA CONFORMIDAD DE LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES: *A. Bienes con elementos digitales y productos con elementos digitales. B. La seguridad como requisito de la conformidad. C. Actualizaciones de seguridad y vulnerabilidades.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BILIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó la llamada propuesta de reglamento sobre ciberresiliencia (en adelante RCR), que establece requisitos esenciales

en materia de ciberseguridad para los productos con elementos digitales. El texto impone un conjunto de obligaciones a los fabricantes y al resto de operadores económicos que intervienen en la cadena de producción de un producto con elementos digitales. Entre estas obligaciones destaca la declaración (UE) de conformidad y la presunción de conformidad de aquel tipo de productos. A través de la declaración de conformidad, el legislador europeo pretende que cuando los productos con elementos digitales sean introducidos en el mercado se presuma su conformidad si cumplen los requisitos de ciberseguridad del Anexo I de la propuesta de reglamento sobre ciberresiliencia.

La declaración (UE) de conformidad y la presunción de conformidad constituyen un punto de interconexión entre la propuesta de reglamento sobre ciberresiliencia y la Directiva (UE) 2019/771, que regula la conformidad del bien y los remedios en las compraventas con consumidores. Si bien ambas directivas regulan las obligaciones de los fabricantes y de los vendedores y, por tanto, operan en un momento diferente en la cadena de producción del producto, partimos de la hipótesis que la declaración (UE) de conformidad modifica los requisitos de conformidad de los bienes con elementos digitales (arts. 5, 6, 7, 8 y 9 Directiva (UE) 2019/771) (en adelante, DCCB¹). Estos artículos regulan los requisitos para que los bienes vendidos estén en conformidad con el contrato de compraventa. No obstante, no se prevé ninguna referencia explícita a la ciberseguridad. Asimismo, la nueva declaración (UE) de conformidad obliga al fabricante a suministrar actualizaciones de seguridad durante toda la vida útil del producto o por un plazo de 5 años desde la introducción del producto con elementos digitales en el mercado, mientras que la Directiva (UE) 2019/771 limita la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad a los dos años, ampliables por los Estados miembros. Ello nos hace plantear quién debe responder por una falta de conformidad en materia de ciberseguridad del producto con elementos digitales puesta de manifiesto una vez transcurrido el plazo de responsabilidad del vendedor.

Para dar respuesta a las preguntas planteadas se propondrá una armonización de los conceptos de “bienes con elementos digitales” y “productos con elementos digitales” y una interpretación amplia del concepto “seguridad” del art. 7 Directiva (UE) 2019/771, o bien aprovechar la reforma de esta directiva prevista para 2024 para incluir el criterio de la ciberseguridad. Por último, se propondrá un nuevo enfoque del suministro de las actualizaciones de seguridad.

II. LANUEVAPROPUESADEREGLAMENTO SOBRE CIBERRESILIENCIA

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Según el art. 1 RCR, el ámbito de aplicación del futuro reglamento sobre ciberresiliencia gira en torno a los productos con elementos digitales y su ciber-

seguridad. A este respecto, el RCR establece: a) normas para la introducción en el mercado de productos con elementos digitales a fin de garantizar la ciberseguridad de dichos productos; b) requisitos esenciales para el diseño, el desarrollo y la fabricación de productos con elementos digitales y las obligaciones de los operadores económicos en relación con dichos productos, en lo que respecta a la ciberseguridad; c) requisitos esenciales para los procesos de gestión de la vulnerabilidad establecidos por los fabricantes para garantizar la ciberseguridad de los productos con elementos digitales a lo largo de todo el ciclo de vida, y las obligaciones de los operadores económicos en relación con dichos procesos; y d) normas relativas a la vigilancia del mercado y a la aplicación de los requisitos y las normas antes mencionados².

El RCR, por tanto, prevé unos requisitos horizontales en materia de ciberseguridad aplicables a todos los productos con elementos digitales. Este tipo de productos son definidos en el art. 3.1 RCR que dice lo siguiente: “«producto con elementos digitales»: cualquier producto consistente en *programas informáticos o equipos informáticos y sus soluciones de tratamiento de datos a distancia, incluidos los componentes de programas informáticos o equipos informáticos que se introduzcan en el mercado por separado*”³. Se trata de una nueva definición que se coloca al lado de otras definiciones que aparecen en otras directivas europeas que se refieren a conceptos similares. Así pues, es conocida la definición de “bien con elementos digitales” del art. 2.5).b) de la Directiva (UE) 2019/771 (en adelante, DCCB) o la definición de “producto” que incorpora el art. 4.1) de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, Propuesta de Directiva)⁴.

A tenor de la definición de “producto con elementos digitales” entran dentro del ámbito de la definición los programas informáticos (*software*) y los equipos informáticos (*hardware*), independientemente de que los primeros se encuentren incorporados en productos tangibles (*embedded software*) o bien se introduzcan en el mercado sin ningún soporte material (*non-embedded software*). Ello se desprende de lo dispuesto en el considerando núm. 46 RCR, que previene que “*en muchos casos, los productos consistentes en programas informáticos aún tienen que compilarse, integrarse, empaquetarse, hacerse disponibles para su descarga o copiarse en soportes físicos antes de su introducción en el mercado.*”⁵

La inclusión de los equipos informáticos que se introducen en el mercado sin estar incorporados en un producto tangible plantea la duda de si entran dentro del ámbito de aplicación de la propuesta de reglamento los softwares libres y de código abierto (*open source*). La propuesta de directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos excluye este tipo de productos de su ámbito de aplicación, bajo el pretexto de no perjudicar la innovación⁶. El RCR parte del mismo enfoque de esta cuestión y también excluye de su ámbito de aplicación este tipo de

software (considerando núm. 10 RCR). No obstante, a pesar de la clara exclusión de los softwares libres y de código abierto, los fabricantes no están exentos de informar sobre las vulnerabilidades de sus productos que sean provocadas por un componente libre de código abierto (art. 11.7 RCR).

Tampoco entran dentro del ámbito de aplicación del RCR los softwares como servicios (SaaS). El RCR no define este concepto, pero del tenor literal del considerando núm. 9 RCR parece deducirse que la propuesta de reglamento concibe al software como un elemento auxiliar del producto tangible al que se encuentra incorporado, de tal forma que sin el software el producto no podría realizar sus funciones⁷. En los softwares de servicio, los usuarios pueden conectarse a aplicaciones basadas en la nube a través de internet y usarlas. Sería el caso del servicio de correo electrónico, de almacenamiento de datos, etc. En este tipo de servicios o aplicaciones el servicio que proporciona el software constituye la prestación principal. En cambio, el RCR se aplicará a aquellos softwares que tengan una función auxiliar respecto del bien tangible al que se encuentran incorporados. Asimismo, también quedan fuera del ámbito de aplicación del RCR los productos con elementos digitales que se rijan por el Reglamento (UE) 2017/745, sobre productos sanitarios; el Reglamento (UE) 2017/746, sobre productos sanitarios de diagnóstico in vitro; y el Reglamento (UE) 2019/2144, relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos a motor (art. 2.2 RCR).

El RCR adopta el criterio del riesgo en materia de ciberseguridad asociado a determinados productos con elementos digitales para clasificar estos productos y, consiguientemente, determinar las obligaciones de los operadores económicos y los requisitos para determinar su conformidad. Para la clasificación de los productos críticos con elementos digitales, la Comisión tendrá en cuenta los requisitos previstos en el art. 6.2 RCR. Entre estos requisitos destaca la funcionalidad relacionada con la ciberseguridad del producto con elementos digitales; el uso previsto en entornos sensibles; el uso previsto relativo a la realización de funciones críticas o sensibles, como el tratamiento de datos personales, entre otros. Es en el Anexo 3 del RCR donde podemos encontrar una clasificación en dos grandes grupos de productos críticos con elementos digitales.

2. LAS OBLIGACIONES DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

El ámbito de aplicación horizontal adoptado por el RCR también conlleva la regulación pormenorizada de las obligaciones de todos los operadores económicos que intervienen en la cadena de distribución del producto. De esta forma, se disciplinan las obligaciones de los fabricantes, los importadores y los distribuidores. Por lo que se refiere a las obligaciones de los fabricantes, el art. 10.1 RCR

establece que cuando los productos con elementos digitales sean introducidos en el mercado, garantizarán que han sido diseñados, desarrollados y producidos cumpliendo los requisitos esenciales que fija el Anexo I RCR⁸. Esto se llevará a cabo a través de una evaluación de los riesgos de ciberseguridad durante todas las etapas del proceso de fabricación del producto (art. 10.2 RCR). Además, los fabricantes deberán actuar con la diligencia debida cuando integren los componentes procedentes de terceros en los productos con elementos digitales.

El RCR establece un conjunto de obligaciones de documentación de riesgos y de vulnerabilidades y de información proporcionada por terceros. El art. 10.3 RCR prevé que al introducir en el mercado los productos con elementos digitales, los fabricantes tienen el deber de incluir en la documentación técnica una evaluación de los riesgos sobre ciberseguridad. En particular, el art. 23 RCR especifica el contenido de la documentación técnica que debe facilitar el fabricante antes de la introducción del producto en el mercado. Durante el ciclo de vida útil de los productos con elementos digitales, los fabricantes tienen la obligación de documentar sistemáticamente los aspectos que puedan afectar la ciberseguridad de los productos, así como las vulnerabilidades que detecten y la información facilitada por terceros (art. 10.5 RCR). Se impone, también, un deber de gestión de las vulnerabilidades que puedan afectar los productos con elementos digitales, en un plazo de 5 años desde su introducción en el mercado (art. 10.6 RCR).

El RCR también prevé un deber de colaboración de los fabricantes con las autoridades de vigilancia del mercado durante un plazo de 10 años a partir de la introducción del producto con elementos digitales en el mercado, en el sentido de mantener la documentación técnica y la declaración UE de conformidad del producto (art. 10.8 RCR). De acuerdo con el art. 11 RCR, los fabricantes tienen el deber de notificar a la Agencia de la Unión Europea sobre Ciberseguridad (ENISA) cualquier vulnerabilidad conocida que pueda afectar a los productos del fabricante en cuestión, dentro del plazo de tiempo más breve posible y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de 24 horas. La notificación incluirá información detallada sobre la vulnerabilidad que pueda ser aprovechada activamente por un tercero malintencionado y contendrá medidas paliativas o correctoras. La ENISA transmitirá la información sin demora al Equipo de Respuesta ante Emergencias Informáticas (CSIRT) designado por los Estados miembros. Los incidentes que afecten a los productos con elementos digitales también tendrán que ser notificados a la ENISA sin demora y en todo caso dentro de un plazo de 24 horas (art. 11.2 RCR).

Finalmente, los arts. 12, 13 y 14 RCR establecen las obligaciones de los demás operadores económicos que intervienen en la cadena de producción del bien, donde destaca la previsión del art. 15 RCR conforme al cual se considerará fabricante el distribuidor que introduzca en el mercado un producto con elemen-

tos digitales con su nombre o marca o lleve a cabo una modificación sustancial de un producto con elementos digitales que ya se haya introducido en el mercado.

3. LA PRESUNCIÓN DE CONFORMIDAD EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD Y LA DECLARACIÓN (UE) DE CONFORMIDAD

Para facilitar la carga de la prueba de los fabricantes sobre la conformidad de sus productos con elementos digitales, el art. 18 RCR introduce una novedosa presunción de conformidad de este tipo de productos. Veamos, pues, sus requisitos y funcionamiento.

Según el art. 18.1 RCR, los productos con elementos digitales en conformidad con las normas armonizadas cuyas referencias hayan sido publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), se presumirán en conformidad con los requisitos esenciales en materia de salud y seguridad que se establecen en el Anexo I RCR. Por tanto, a los efectos de determinar la conformidad de los productos con elementos digitales, el cumplimiento de los requisitos esenciales fijados en el Anexo I RCR será determinante.

A falta de normas armonizadas publicadas en el DOUE, o cuando la Comisión Europea considere que estas normas son insuficientes para cumplir los requisitos establecidos en el RCR, o bien cuando se produzcan demoras indebidas en el proceso de normalización o cuando la solicitud de normas armonizadas por parte de la Comisión no haya sido aceptada por las organizaciones europeas de normalización, el art. 19 RCR faculta a la Comisión Europea para adoptar, mediante actos de ejecución, especificaciones comunes con respecto de los requisitos esenciales del Anexo I (art. 19 RCR). En este caso, la conformidad de los productos con elementos digitales conforme a los actos de ejecución adoptados por la Comisión Europea permitirán declarar su conformidad (art. 18.2 RCR).

Aquellos fabricantes para cuyos productos con elementos digitales se haya expedido una declaración UE de conformidad o un certificado en el marco de un esquema europeo de certificación de la ciberseguridad adoptado con arreglo al Reglamento (UE) 2019/881⁹ también se considerarán en conformidad con los requisitos esenciales del Anexo I RCR (art. 18.3 RCR). El art. 18.4 RCR completa el apartado anterior y faculta a la Comisión Europea para especificar, mediante actos de ejecución, los esquemas europeos de certificación de la ciberseguridad adoptados con arreglo al Reglamento (UE) 2019/881 que puedan servir para demostrar la conformidad con los requisitos esenciales, o partes de ellos, establecidos en el anexo I.

La declaración UE de conformidad tiene que ser elaborada por los fabricantes para superar y poder demostrar el cumplimiento de los requisitos esenciales

en materia de ciberseguridad de sus productos con elementos digitales (art. 10.7 RCR). El Anexo IV RCR prevé un modelo de declaración UE de conformidad, que contiene los elementos esenciales para valorar la conformidad de los productos con elementos digitales. Según el art. 20.2 RCR, la declaración UE de conformidad debe actualizarse permanentemente y estará disponible en la lengua o lenguas requeridas por el Estado miembro en cuyo mercado el fabricante introduzca o comercialice sus productos.

El art. 24 RCR regula los procedimientos de evaluación de la conformidad de los productos con elementos digitales y para ello prevé tres tipos de procedimientos:

a) procedimiento de control interno (basado en el módulo A) que se establece en el anexo VI; o

b) procedimiento de examen de tipo UE (basado en el módulo B) que se establece en el anexo VI, seguido de la conformidad de tipo UE basada en el control interno de la producción (basada en el módulo C) que se establece en el anexo VI; o

c) evaluación de la conformidad basada en el aseguramiento de calidad total (basada en el módulo H) que se establece en el anexo VI.¹⁰

El art. 24.2 RCR prevé un procedimiento reforzado para evaluar la conformidad de los productos con elementos digitales críticos en cuanto a su ciberseguridad, es decir, aquellos productos que se encuentran reseñados en el Anexo III RCR. En este sentido, su conformidad se valorará de acuerdo con los procedimientos b) y c) del párrafo anterior, cuando el fabricante o su representante autorizado no haya aplicado o solo haya aplicado parcialmente las normas armonizadas, las especificaciones comunes o los esquemas europeos de certificación de la ciberseguridad a que se refiere el artículo 18 RCR.

III. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/771

Una vez los productos con elementos digitales han sido introducidos en el mercado, pueden ser adquiridos por los consumidores, fundamentalmente mediante contratos de compraventa. La legislación europea que regula la relación contractual entre el vendedor y el consumidor es la Directiva (UE) 2019/771. Veamos, pues, el régimen de la conformidad de los bienes con elementos digitales.

1. IDEAS GENERALES

La responsabilidad del vendedor por el incumplimiento de su obligación fundamental, esta es la de entrega del bien, se articula en torno al concepto legal de falta de conformidad del bien con el contrato de compraventa (art. 5 DCCB). En este sentido, y para el correcto enfoque de la materia, la conformidad debe ser

entendida como la exacta adecuación de la prestación contractual a los requisitos de los arts. 6, 7, 8 y 9 DCCB una vez se haya producido la entrega del bien, es decir, la exacta adecuación e identidad del bien vendido con lo dispuesto en el contrato de compraventa y los usos habituales del bien. En caso contrario, cualquier desviación que presente el bien en el momento de la entrega respecto a los requisitos de los arts. 6, 7, 8 y 9 DCCB y que se manifieste dentro del plazo legal de responsabilidad (art. 10 DCCB), conlleva que estemos ante un bien no conforme y, consiguientemente, ante un incumplimiento de la obligación esencial del vendedor de entregar un bien conforme al contrato de compraventa.

La falta de conformidad de los bienes adquiridos por el consumidor determina que este pueda acogerse a los remedios que le reconoce la DCCB para conseguir, de esta forma, el equilibrio de las prestaciones contractuales. Por tanto, la noción de falta de conformidad es equiparable a la de incumplimiento. La conformidad con el contrato significa que la conformidad debe ser total o completa, respecto a lo que se haya previsto en el contrato (conformidad subjetiva) o a lo que objetivamente podía esperar el consumidor de los bienes de la compraventa (conformidad objetiva). En principio, cualquier desviación que presenten los bienes puede significar falta de conformidad y, consecuentemente, que sean aplicables los remedios previstos en los arts. 13, 14, 15 y 16 DCCB.

2. LAS ACTUALIZACIONES DE SEGURIDAD

Una novedad destacable que trae la DCCB es la referencia a las actualizaciones de los bienes como un elemento para apreciar la conformidad material subjetiva y objetiva del bien contratado. Por supuesto, esto se refiere sobre todo a los bienes con elementos digitales que regula la DCCB. Las actualizaciones constituyen un elemento fundamental para que los bienes con elementos digitales no queden obsoletos y sigan satisfaciendo las expectativas del consumidor y, en consecuencia, la falta de suministro de actualizaciones o el suministro de actualizaciones incompletas o defectuosas son un supuesto de falta de conformidad de los bienes (considerando núm. 28 DCCB). Particularmente, el considerando núm. 28 DCCB destaca que el vendedor no solo debe proporcionar al consumidor actualizaciones que permitan ampliar sus funcionalidades o adaptarlo a los avances tecnológicos para que no queden obsoletos, sino que el vendedor debe suministrar actualizaciones que permitan mejorar la seguridad. Asimismo, la seguridad que proporcionan las actualizaciones del bien se vincula con su conformidad.¹¹ No obstante, a pesar de la importancia de las actualizaciones, el considerando núm. 30 DCCB destaca que en el contrato puede preverse que el vendedor no esté obligado a suministrar actualizaciones de los bienes si así lo acuerdan el vendedor y el consumidor en el contrato.

El considerando núm. 30 DCCB también prevé que el consumidor tiene la libertad de decidir si finalmente instala o no las actualizaciones del producto con elementos digitales y, si finalmente decide no hacerlo, el consumidor no podrá alegar una eventual falta de conformidad por la no instalación de dichas actualizaciones. Sin embargo, en tales casos el vendedor deberá igualmente informar al consumidor de que su decisión de no actualizar el bien con las actualizaciones que sean suministradas posteriormente repercutirá en su responsabilidad porque el consumidor no podrá alegar una eventual falta de conformidad del bien si esta se debe a la falta de actualizaciones.

La pregunta que inmediatamente nos planteamos es por cuánto tiempo el vendedor está obligado a suministrar al consumidor actualizaciones del bien con elementos digitales. Para responder a esta pregunta hay que remontarse al considerando núm. 31 DCCB¹². Este considerando no determina el período de tiempo durante el cual el vendedor está obligado a suministrar actualizaciones del bien con elementos digitales al consumidor. En primer lugar, el considerando núm. 31 DCCB dice que el vendedor debe proporcionar actualizaciones durante el período de tiempo durante el cual el consumidor pueda razonablemente esperar, período de tiempo que debe medirse teniendo en cuenta el tipo, la finalidad de los bienes y de los contenidos digitales, las circunstancias y la naturaleza del contrato de compraventa. Este criterio se basa en elementos objetivos que se reflejan en el contrato, como son los que se acaban de mencionar y, por tanto, el vendedor debería suministrar actualizaciones en función de la naturaleza del bien. Aun así, la DCCB no concreta un período determinado durante el cual el vendedor esté obligado a proporcionar actualizaciones, lo que conduce a una gran inseguridad.

Es el art. 7.3 DCCB el que regula el plazo de tiempo dentro del cual el vendedor debe suministrar actualizaciones y dice que este plazo variará en función del tipo de suministro de los elementos digitales. Si el suministro de contenidos y servicios digitales se produce en un único acto, el vendedor debe velar para que se comuniquen y suministren las actualizaciones durante un plazo de tiempo razonable, habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales. En caso contrario, si el suministro de contenidos o servicios digitales tiene lugar durante un período de tiempo o de forma continua, la obligación del vendedor se extenderá durante todo este periodo.

3. LA INCIDENCIA DE LA CIBERSEGURIDAD EN LA CONFORMIDAD DE LOS BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES

Como puede comprobarse, la DCCB no alude a la ciberseguridad entre los requisitos que deben cumplir los bienes con elementos digitales para determinar

su conformidad con el contrato de compraventa. Por tanto, debemos examinar cómo afectará la presunción y declaración UE de conformidad de los arts. 18 y 20 RCR sobre los productos con elementos digitales a los criterios de la conformidad de la DCCB.

A. Bienes con elementos digitales y productos con elementos digitales

Debe destacarse que, por un lado, la DCCB utiliza el concepto de “bienes con elementos digitales”¹³, mientras que el RCR utiliza el concepto de “productos con elementos digitales”¹⁴. Del tenor literal de la definición de “bienes con elementos digitales” destaca la incorporación o interconexión de los bienes muebles con los servicios o contenidos digitales, de tal modo que sin estos el bien no es capaz de realizar sus funciones. Por su parte, la definición de “producto con elementos digitales” no alude a la incorporación o interconexión, sino que parece que da por sentado que los “programas o equipos informáticos” forman parte de ellos. En todo caso, creo que ayudaría a la consecución de un elevado nivel de seguridad jurídica que ambos textos utilizaran el mismo concepto para determinar el ámbito de aplicación objetivo de las respectivas legislaciones, algo que la doctrina ya ha reclamado en ocasión de la publicación de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.¹⁵ Puede ser que el uso de los nombres “bienes” o “productos” sea una diferencia meramente terminológica que obedezca al uso tradicional de estos nombres en las normas precedentes que existían sobre la materia. Es decir, la Directiva 1999/44/CE, que regulaba las compraventas con consumidores (responsabilidad contractual), utilizaba el término “bienes”, mientras que la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos utiliza el término “producto”. Asimismo, de la exposición de motivos del RCR se desprende que pueden equipararse bienes y productos digitales¹⁶.

B. La seguridad como requisito de la conformidad

Como hemos podido ver, la DCCB no menciona en sus arts. 5, 6 y 7 la ciberseguridad como requisito para determinar la conformidad de los bienes con elementos digitales. En su caso, sí que se refiere a la “seguridad” en el art. 7.1.d) DCCB: “*presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar*”. No obstante, el considerando núm. 28 DCCB parece que sin decirlo se esté refiriendo a la ciberseguridad, cuando hace referencia a

las nuevas amenazas que pueden afectar a la seguridad de los bienes con elementos digitales: “*Dado que los contenidos y servicios digitales incorporados a bienes o interconectados con estos se encuentran en constante desarrollo, los vendedores pueden convenir con los consumidores el suministro de actualizaciones para dichos bienes. Las actualizaciones, tal como se estipulen en el contrato de compraventa, pueden mejorar y reforzar el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales, ampliar sus funcionalidades, adaptarlo a los avances técnicos, protegerlo frente a las nuevas amenazas para la seguridad o servir a otros fines.*”

En todo caso, podría sostenerse un concepto amplio de seguridad de los bienes con elementos digitales a los efectos de los requisitos de conformidad de la DCCB, para dar cabida a la ciberseguridad, también como requisito para determinar la conformidad. Lo que está claro es que los productos con elementos digitales que se introduzcan en el mercado deberán reunir los requisitos fijados en el Anexo I RCR para obtener la declaración UE de conformidad (art. 20 RCR) y, en su virtud, presumir su conformidad (art. 18 RCR). Si no fuera así, los consumidores de este tipo de productos podrían dirigirse contra el vendedor, que es el sujeto que responde por las faltas de conformidad (art. 10 DCCB), sin perjuicio de que este pueda repetir contra el fabricante (art. 18 DCCB), siempre que la falta de conformidad se manifieste dentro del plazo de responsabilidad (art. 10 DCCB).

C. Actualizaciones de seguridad y vulnerabilidades

Por lo que respecta a la conformidad de los bienes con elementos digitales, el legislador europeo ha centrado sus esfuerzos en la regulación de las actualizaciones de seguridad¹⁷. En este sentido, para evitar que este tipo de bienes sean vulnerables frente a las amenazas del entorno digital, el fabricante tiene el deber de suministrar al consumidor las actualizaciones que sean necesarias. A mi juicio, serán las actualizaciones de seguridad el medio a través del cual los fabricantes deberán velar para que sus productos no presenten vulnerabilidades durante el ciclo de vida útil del producto. Así se dispone en la Sección 2 del Anexo I RCR: “*por lo que respecta a los riesgos para los productos con elementos digitales, abordarán y subsanarán las vulnerabilidades sin demora, en particular mediante la provisión de actualizaciones de seguridad*”. Asimismo, según el art. 10.6 RCR, la obligación del fabricante de gestionar eficazmente las vulnerabilidades durante todo el ciclo de vida útil del producto o por un plazo de 5 años, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección 2 Anexo I RCR y, por tanto, de suministrar actualizaciones de seguridad que repercuten en la conformidad de los productos con elementos digitales, casa mal con la limitación del plazo de tiempo durante el cual el vendedor responde por la falta de conformidad de los bienes con elementos digitales. El art. 7.3 DCCB,

interpretado a la luz de los considerandos núm. 30 y 31 DCCB no establece un plazo durante el cual el vendedor deba velar para que se comuniquen y se suministren actualizaciones de seguridad al consumidor. Solo el considerando núm. 31 DCCB dice que el consumidor puede esperar razonablemente que este plazo de tiempo pueda ser más largo que el plazo de responsabilidad del vendedor según el art. 10 DCCB, cuando se trate del suministro de actualizaciones de seguridad. No obstante, y en todo caso, la responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad de los bienes con elementos digitales está limitada a los dos años a contar desde la entrega del producto, en caso de bienes con elementos digitales con suministro continuado de servicios o contenidos digitales por un tiempo determinado y, en el caso de suministro continuado de servicios y contenidos digitales por un plazo de tiempo más largo, la responsabilidad del vendedor se extenderá durante todo el plazo de tiempo que se haya previsto el suministro (art. 10.2 DCCB). Se trata de una diferencia en el tratamiento de la responsabilidad del vendedor que ya ha sido criticada por algún autor¹⁸.

Por tanto, si se manifiesta una falta de conformidad en materia de ciberseguridad del producto con elementos digitales dentro del plazo de tiempo durante el cual el vendedor está obligado a responder (art. 10 DCCB), el adquiriente del producto deberá dirigirse contra él, siempre que fuera un consumidor. En caso contrario, si la falta de conformidad sobre ciberseguridad se manifiesta más allá del período de responsabilidad del vendedor (art. 10 DCCB) quien deberá responder es el fabricante, habida cuenta que su obligación de velar por la conformidad y gestión de vulnerabilidades de los productos con elementos digitales se extiende durante toda la vida útil del producto. No obstante, el consumidor no tendrá, en principio, una acción directa contra él, salvo que el derecho nacional prevea esta posibilidad, como es el caso de España. Según el art. 125 TRLGDCU el consumidor tiene una acción directa contra el fabricante, aunque la limitación del plazo de la acción directa contra el productor limita considerablemente esta posibilidad. Otra posibilidad que puede plantearse es que el fabricante responda más allá de los primeros dos años desde la entrega del producto por la falta de conformidad en materia de ciberseguridad a través de la garantía comercial.

El RCR solo se ocupa de la interacción que mantiene con la legislación de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. En este sentido, el considerando núm. 16 RCR prevé que *cuando dicha falta de seguridad consista en una falta de actualizaciones de seguridad posterior a la introducción del producto en el mercado, y esta cause daños, podría aplicarse la responsabilidad del fabricante*. Por tanto, no hay lugar a dudas de cómo deberá ventilarse la responsabilidad derivada de la falta de suministro de actualizaciones de los productos digitales, cuando debido a la falta de suministro de dichas actualizaciones se provoque algún daño, deberá responder el fabricante, en virtud de lo dispuesto

en la Directiva 85/374/CEE, que va camino de derogarse por una nueva directiva que regule la responsabilidad de los fabricantes en el actual paradigma digital, donde han irrumpido los productos con elementos digitales.

IV. CONCLUSIONES

I. En primer lugar, el RCR prevé una nueva definición de “productos con elementos digitales”. Esta definición se coloca al lado de otras definiciones de conceptos clave utilizados en otras directivas. Por ejemplo, la definición de “producto” que aparece en la Directiva 85/374/CEE, que ya ha sido objeto de modificaciones en la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos para introducir, dentro de este concepto, los contenidos y servicios digitales. Asimismo, es conocida la definición de “bienes con elementos digitales” que aparece en la Directiva (UE) 2019/771. Sería deseable el uso de un concepto suficientemente amplio en torno al cual construir la legislación aplicable a los productos o bienes con elementos digitales.

II. En segundo lugar, el RCR define las obligaciones de los fabricantes de productos con elementos digitales. A los efectos de este trabajo destaca la declaración (UE) de conformidad de estos productos (art. 20 RCR) y la presunción de conformidad cuando estos productos cumplan los requisitos esenciales en materia de ciberseguridad (art. 18 RCR). A pesar de que los fabricantes son unos operadores económicos que se sitúan en una fase previa de la cadena de producción de los productos con elementos digitales, determinan, mediante su declaración de conformidad, la responsabilidad de los vendedores, cuando sus productos son introducidos en el mercado. Es la Directiva (UE) 2019/771 la que regula los requisitos de la conformidad de los bienes con elementos digitales y en su articulado no se hace ninguna referencia a la ciberseguridad, tan solo encontramos una referencia a la seguridad en el art. 7.1.d) Directiva (UE) 2019/771. Por este motivo se propone una interpretación amplia de este criterio de la seguridad para dar cabida a la ciberseguridad, o bien aprovechar la reforma de la Directiva (UE) 2019/771 que está prevista para 2024 para introducir la ciberseguridad como criterio para determinar la conformidad de los bienes con elementos digitales.

Tanto el RCR como la DCCB imponen a los fabricantes y vendedores, respectivamente, el deber de suministrar actualizaciones de seguridad de los productos y bienes con elementos digitales para que no sean vulnerables frente a amenazas de terceros mal intencionados. No obstante, ambas legislaciones prevén un plazo distinto de responsabilidad de ambos grupos de operadores económicos. Según el art. 10.6 RCR, en relación con lo prevenido en la Sección 2 del Anexo I RCR, los fabricantes están obligados a proporcionar actualizaciones de seguridad de los

productos con elementos digitales durante toda su vida útil prevista y, en el caso de que esta fuera inferior, durante 5 años. Por su parte, el considerando núm. 31 DCCB prevé es ambiguo sobre el plazo de duración de la obligación de suministrar actualizaciones de seguridad: *“El período de tiempo durante el que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir actualizaciones debe evaluarse sobre la base del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato de compraventa. Un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas razonables del consumidor podrían extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso, en particular, en lo que respecta a las actualizaciones de seguridad.”* Posteriormente, es el art. 7.3 DCCB tampoco prevé un plazo para el suministro de actualizaciones y prevé que cuando el suministro de contenidos y servicios digitales tenga lugar en un único acto, el suministro de actualizaciones se extenderá durante un plazo de tiempo razonable, mientras que cuando el suministro de contenido y servicios digitales se extienda durante un período de tiempo o se produzca de forma continuada, la responsabilidad del vendedor se extenderá durante este plazo de tiempo.

De ello se deduce que será la forma de suministro de los elementos digitales el que determinará el plazo de suministro de las actualizaciones y, por ende, quien deba responder por una falta de conformidad ante el no suministro de actualizaciones de seguridad o bien por una vulnerabilidad que presente el producto con elementos digitales. Si la adquisición del producto se produce por un consumidor en el marco de un contrato de compraventa, responderá el vendedor ante la falta de conformidad en materia de ciberseguridad si se manifiesta dentro del plazo de su responsabilidad. De otro modo, quien deberá responder es el fabricante, responsabilidad que será exigible a través de la garantía comercial (art. 17 DCCB), o bien mediante la acción directa contra el fabricante (art. 125 TRLGDCU).

Asimismo, por los daños causados por la falta de conformidad del producto con elementos digitales, no hay duda alguna que quien responderá será el fabricante, según la Directiva 85/374/CEE, que debe reemplazarse por otra directiva acorde con los nuevos avances tecnológicos y el aumento de la complejidad de los productos.

V. BIBLIOGRAFIA

GSELL, B. (2020). Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects. En ARROYO AMAYUELAS, E., y CÁMARA LAPUENTE, S (dirs.). *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Madrid: Marcial Pons (pp. 101-121).

- COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos*, Bruselas, 29 de septiembre de 2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).
- HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2017). *Rethinking EU Consumer Law*. Londres: Routledge Taylor & Francis Group.
- SCHLECHTRIEM, P., y BUTLER, P. (2009). *UN Law on International Sales. The Convention on the International Sale of Goods*, Berlin: Springer.
- WANDEHORST, C. (2021). *Safety and Liability Related Aspects of Software*. Luxemburgo: European Commission (pp. 1-99).

NOTAS

¹ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE núm. L 136, de 22 de mayo de 2019.

² Art. 1 RCR.

³ Art. 3.1) RCR.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 29 de septiembre de 2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

⁵ *Vid.* Exposición de motivos, p. 7. “Los programas informáticos no incorporados, a menudo expuestos a vulnerabilidades, también estarían cubiertos por esta intervención normativa, lo que garantizaría un enfoque coherente respecto de todos los productos con elementos digitales y posibilitaría un reparto claro de responsabilidades entre los distintos operadores económicos.”

⁶ *Vid.* Considerando núm. 13 de la Propuesta de Directiva.

⁷ *Vid.* Considerando núm. 9 RCR. “El presente Reglamento garantiza un elevado nivel de ciberseguridad de los productos con elementos digitales. No regula servicios, como el software como servicio (SaaS), excepto en el caso de las soluciones de tratamiento de datos a distancia relacionadas con un producto con elementos digitales, entendido como todo tratamiento de datos a distancia para el que el programa informático haya sido diseñado y desarrollado por el fabricante del producto en cuestión o bajo la responsabilidad de dicho fabricante, y cuya ausencia impediría que el producto con elementos digitales cumpliera alguna de sus funciones.”

⁸ El Anexo I RCR fija los requisitos de seguridad relativos a las propiedades de los productos con elementos digitales. Entre ellos se dispone que: “1) Los productos con elementos digitales se diseñarán, desarrollarán y producirán de manera que garanticen un nivel adecuado de ciberseguridad sobre la base de los riesgos existentes; 2) Los productos con elementos digitales se entregarán sin ninguna vulnerabilidad conocida que pueda aprovecharse”. Asimismo, se establecen las circunstancias a tener en cuenta en cuanto a la base de la evaluación de los riesgos en materia de ciberseguridad.

⁹ Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»), DOUE núm. 151, de 7 de junio de 2019.

¹⁰ Art. 24 RCR.

¹¹ *Vid.* Considerando núm. 30 DCCB.

¹² *Vid.* Considerando núm. 31 DCCB.

¹³ *Vid.* Art. 2.5.b) DCCB: “todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizaran sus funciones (en lo sucesivo, «bienes con elementos digitales»”.

¹⁴ *Vid.* Art. 3.1) RCR: “«producto con elementos digitales»: cualquier producto consistente en programas informáticos o equipos informáticos y sus soluciones de tratamiento de datos a distancia, incluidos los componentes de programas informáticos o equipos informáticos que se introduzcan en el mercado por separado”

¹⁵ WANDEHORST, C. (2021). Safety and Liability Related Aspects of Software. Luxemburgo: European Commission (pp. 19-21).

¹⁶ *Vid.* Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020: “*Los productos consistentes en equipos informáticos (hardware) y en programas informáticos (software) están sometidos a un número cada vez mayor de ciberataques exitosos.*”

¹⁷ *Vid.* Considerandos núm. 30 y 31 DCCB.

¹⁸ GSELL, B. (2020). Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects. En ARROYO AMAYUELAS, E., y CÁMARA LAPUENTE, S (dirs.). *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Madrid: Marcial Pons (pp. 101-121).

DERECHO COMPARADO

El Catastro en el tráfico jurídico
de los bienes inmuebles: Un estudio
comparado entre el régimen de la
propiedad en Chile y Alemania

*The Cadastre in the legal traffic of real
estate: A comparative study between
the property regime in Chile and
Germany*

por

YASNA OTAROLA ESPINOZA

Abogada, profesora titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho.

Directora de Post grados.

Universidad de los Andes.

RESUMEN: El artículo compara el actual sistema catastral alemán con los varios catastros que contempla nuestra legislación, particularmente, el Catastro de Bienes Nacionales y el del Servicio de Impuestos Internos. La comparación abarca tanto las características que los definen, la relación con el Registro de la Propiedad inmobiliaria y las consecuencias que producen en el tráfico jurídico de los bienes. La finalidad de la comparación es colaborar en la creación de un único Catastro de bienes inmuebles, o bien mejorar los que ya existen, de manera que también haya correspondencia entre la realidad física y la registral en nuestro país.

ABSTRACT: The article compares the current German cadastre system with the various cadastral systems that our legislation contemplates, particularly, the National Assets Cadastre and that of the Internal Revenue Service. The comparison covers both the characteristics that define them, the relationship with the Real Estate

Property Registry and the consequences that they produce in the legal traffic of goods. The purpose of the comparison is to collaborate in the creation of a single Real Estate Cadastre or to improve those that already exist, so that there is also a correspondence between the physical reality and the registry in our country.

PALABRAS CLAVES: Catastro, registro, propiedad, tráfico, inmuebles.

KEY WORDS: Cadastre, registry, property, traffic, real estate.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL CATASTRO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS INMUEBLES.—1. LOS CATASTROS CHILENOS DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS Y EL DE BIENES NACIONALES Y EL CATASTRO ALEMÁN. 2. EL CATASTRO DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, EL DE BIENES NACIONALES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. 3. EL CATASTRO ALEMÁN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—II. COORDINACIÓN ENTRE EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—III. CONCLUSIONES.—IV RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIORAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En los artículos 52 y 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de 24 de junio de 1857 (en adelante, Reglamento del Registro Conservatorio), se señalan los títulos, situaciones jurídicas y derechos inscribibles. En dichas disposiciones se contienen la transferencia, constitución del dominio y demás derechos reales inmuebles. del inmueble que constituye su objeto.

En este sentido, el Reglamento del Registro Conservatorio dedica varias disposiciones a la identificación del objeto de la inscripción. Por ejemplo, el artículo 41 considera que cada registro contendrá un índice que indicará el nombre del fundo que es materia de la inscripción. A su vez, el artículo 44 señala que las partidas de ambos índices enunciarán el nombre particular del fundo, la calle en que estuviere situado, siendo urbano; y si es rústico, la subdelegación, la naturaleza del contrato o gravamen, la cita de la foja y número de la inscripción. Asimismo, el artículo 78 número 4 indica que la inscripción de títulos de propiedad y de derechos reales contendrá el nombre y linderos del fundo.

En los preceptos citados se regula la singularización de los inmuebles en la legislación registral chilena; aparecen los parámetros que intervienen en su determinación y, en general, el nombre y los linderos de la propiedad. En consecuencia, no se exige una descripción real, pese a las consecuencias jurídicas que esto puede generar en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles.

En la actualidad, este problema se intenta soslayar y se ve disminuido mediante los datos proporcionados por los catastros del Servicio de Impuestos In-

ternos (SII) y el de Bienes Nacionales, entre otros (catastro de tierras indígenas, catastro municipal). Sin embargo, estos registros carecen de la presunción de ser legalmente exactos, pues no se impone la comprobación de los mismos, salvo en determinados casos que llegan a la justicia.

El proyecto de ley que modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales contempla, en su artículo 78 número 2, que la inscripción de los títulos de propiedad y de demás derechos reales deberá contener la singularización del inmueble, con mención expresa de su nombre, si correspondiere, y de su dirección, región, provincia, comuna; la delimitación precisa a través de las coordenadas expresadas en el sistema georreferenciado UTM o equivalente; superficie y plano, si los hay. Así, la descripción debe incluir la referencia catastral del inmueble, en los términos que propondrá el futuro Reglamento del Folio Real¹. Este requisito puede favorecer la determinación del objeto de la inscripción en el acto o contrato y su concordancia con la realidad, siempre que exista un catastro global y los datos certificados sean correctos.

La modalidad tradicional de identificación literal que nos rige resulta insuficiente para determinar adecuadamente la situación de un inmueble, debido a que no localiza los vértices ni las líneas que constituyen los linderos del mismo. Como se ha señalado, el proyecto intenta brindar una solución a esta problemática, complementando la descripción literaria con la incorporación de la representación georreferenciada del inmueble. Sin embargo, ante la ausencia de un único Catastro que comprenda datos, descripciones literales, representaciones gráficas de los inmuebles urbanos y rurales, con expresión de superficie, situación de los linderos, aprovechamientos, calidad, valor u otras circunstancias que dan a conocer la propiedad territorial, es muy difícil que la realidad física concuerde con la registral.

Expuesto lo precedente, se puede afirmar que la identificación del inmueble como objeto de la inscripción constituye una necesidad. La delimitación gráfica que se pretende instalar permitirá situar el inmueble dentro del territorio nacional y completar su descripción, individualizarla y asociarla a un terreno. Sin embargo, si no existe un único catastro, difícilmente podemos saber cuántos inmuebles constan inscritos en una determinada área geográfica, quiénes son sus propietarios y cuáles sus cargas; o bien asociarlos a limitaciones ambientales o urbanísticas específicas. De ahí que se requiere complementar la descripción literaria con una descripción gráfica contenida en un Catastro que sirva de apoyo a la calificación y a la gestión del Registro de Propiedad.

En cambio, el alemán “uno de los más perfectos de hoy día” la titularidad de la propiedad está avalada jurídicamente por el Registro, pero al mismo tiempo el Catastro garantiza jurídicamente que las características de las fincas inscritas coincidan con la realidad física, de modo que el Catastro está fusionado con el

Registro de la Propiedad. El Catastro sirve como soporte para confirmar la propiedad y garantizar la transferencia de derechos reales sobre las fincas, de manera que lo que no está inscrito no tiene existencia legal, cosa que no ocurre en Chile, donde no es obligación inscribir una finca en el Registro de la Propiedad.

En este sistema, el sistema registral se sustenta en el Catastro y en el Registro territorial; el primero representa la descripción física y material del terreno y el segundo aporta los antecedentes jurídicos de la propiedad.

Por estas razones, el artículo que sigue analiza el sistema catastral alemán y chileno y su conexión con el Registro de la Propiedad². El objetivo central es efectuar una comparación, de acuerdo a la regulación de ambos en sus respectivos ordenamientos, sin pretender en modo alguno ser exhaustivos, ya que ello conllevaría un trabajo mucho más extenso y detallado que el que se lleva a cabo. Como se verá la comparación se hace desde la óptica del funcionamiento, sin dejar por ello de tomar en consideración la doctrina y la jurisprudencia chilena y alemana.

Nuestra intención es colaborar en la creación de un único Catastro chileno de bienes inmuebles, o bien mejorar los que existen, de manera que haya correspondencia entre la realidad física y la registral.

Para tal efecto, se ha definido la siguiente estructura. En la primera parte se hará referencia al Catastro y la singularización de los inmuebles. Posteriormente, en la segunda sección, se analizará la relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Por último, las conclusiones de este trabajo esbozarán dos principales desafíos. Por una parte, debido a la dificultad de conseguir que los inmuebles que ingresan al registro estén determinados de forma clara e inequívoca, se requiere de una institución catastral que los defina previamente, pues, en nuestro país, la determinación se basa —en la mayoría de los casos— en las declaraciones de las partes, lo que le otorga poca fiabilidad al sistema registral. Por otra, la necesaria coordinación que debe existir entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

I. EL CATASTRO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS INMUEBLES

El término “catastro” está definido en el Diccionario de Derecho Privado como el “censo estadístico de los bienes de una determinada población que contiene la descripción física, económica y jurídica de las propiedades inmuebles”. En una segunda acepción, añade que es “la contribución real que se paga y que se impone sobre todas las rentas fijas y posesiones”³. La coexistencia de ambas acepciones, como censo y como tributo, refleja la estrecha relación entre estos dos ámbitos. Una de estas sirve para la identificación de los inmuebles que son objeto de inscripción, y la otra interesa para la aplicación del sistema tributario

al ámbito inmobiliario. En consecuencia, el Catastro puede estar vinculado al Registro de la Propiedad, constituyendo una garantía para el poseedor o el dueño de un inmueble cuya identificación catastral produce efectos jurídicos, función que todavía no se asume en Chile, según se verá.

En el Conservatorio de Bienes Raíces se inscriben los títulos que contienen derechos reales que recaen sobre inmuebles a petición de sus titulares, a fin de provocar la mutación jurídico-real de estos bienes o dar publicidad a los asientos. El acceso de estos bienes al Registro no requiere realizar algún levantamiento topográfico previo, ni que alguien los defina con antelación, pues en Chile la descripción se basa en las declaraciones de las partes en los respectivos títulos, lo que resta confianza al sistema (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, 2013, 1).

Hace excepción a la regla la subdivisión de terrenos; en estos casos, se instruye que para enrolar los lotes resultantes de la subdivisión se requerirá copia del plano de subdivisión, la respectiva resolución de subdivisión emitida por la Dirección de Obras Municipales y el certificado de numeración domiciliaria⁴.

Lo mismo ocurre con los loteos de terrenos, en que es requisito contar con la respectiva Resolución definitiva de las Obras de Urbanización, ya sea total o parcial, emitida por la Dirección de Obras Municipales que corresponda, además de la copia del plano de subdivisión, la Resolución de subdivisión emitida por la Dirección de Obras Municipales y el Certificado de numeración domiciliaria⁵. En los loteos con construcción simultánea, se debe contar con la respectiva recepción definitiva de las obras de edificación efectuada por la Dirección de Obras Municipales correspondiente, además de la copia del plano de subdivisión, la Resolución de subdivisión emitida por la Dirección de Obras Municipales y el Certificado de numeración domiciliaria.

Otros casos corresponden a los proyectos acogidos en copropiedad inmobiliaria. Según la Ley 21.422 que aprobó la nueva Ley de Copropiedad Inmobiliaria, los planos de un condominio deben singularizar claramente cada una de las unidades en que se divide un condominio, los sectores en el caso a que se refiere el artículo 38 y los bienes de dominio común. Las escrituras públicas que sean título para la transferencia de dominio o constitución de otros derechos reales sobre alguna unidad de un condominio debe hacer referencia al plano a que alude el artículo 49 de la ley y, la inscripción del título de propiedad y de otros derechos reales sobre una unidad de esta naturaleza contendrá: 4) La ubicación y los deslindes del condominio a que pertenezca la unidad; 5) El número y la ubicación que corresponda a la unidad en el plano de que trata el artículo 49 y en general, todas las demás formalidades que han de cumplir los títulos que deben inscribirse, de acuerdo al Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces⁶. En cuanto a las regularizaciones de títulos de dominio regidas por el DL 2.695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la

pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, otorgadas por el Ministerio de Bienes Nacionales, el enrolamiento de dichos bienes raíces se debe efectuar de acuerdo al plano de saneamiento aprobado por dicho Ministerio, una vez inscrito el dominio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 15 de dicho Decreto Ley⁷.

Sin embargo, la obligación de acompañar los planos, en estas situaciones, no ha impedido que se discuta en tribunales la falta de singularización del inmueble que se pretende inscribir o recuperar.

En ese orden, el Conservador se niega a archivar una copia del plano de subdivisión del predio “El Chañar”, ubicado en Punta Colorada, aprobado y certificado por el Servicio Agrícola y Ganadero al final del Registro de Propiedad de 2016, debido a que no constan en los títulos inscritos a nombre del titular la superficie y los linderos del predio indicado en el plano, de modo que no puede agregarlos, pues no se encuentra facultado para modificar las inscripciones si no es por una sentencia o decreto que así lo ordene o por voluntad de los predios colindantes. La Corte Suprema acogió el recurso interpuesto contra la decisión del Conservador debido a que la Resolución emanada de la autoridad competente que certifica la subdivisión de un predio graficada en un plano planimétrico o topográfico, suscrito por un profesional calificado, cumple con la normativa vigente, no es legalmente inadmisibles, ni menos constituye una actuación que contiene un vicio de nulidad absoluta, únicas causales por las que el Conservador puede negar la inscripción. El máximo tribunal expresó que *“es una realidad bastante extendida y de público conocimiento que las inscripciones de dominio, en especial las de más antigua data, no cuentan con las medidas de sus deslindes, limitándose a consignar como tales accidentes geográficos (...). De manera que para hacer efectiva una subdivisión de terrenos que no consideran en sus respectivas inscripciones de dominio las medidas de los deslindes, habrá que utilizarse la información del levantamiento topográfico o planimétrico que se efectúe del terreno (...)”*⁸.

En otra ocasión, el Conservador rechazó nuevamente la inscripción del título debido a que no estaba determinada la cabida y los deslindes del inmueble. La negativa se fundó en que no era posible determinar que el predio que figura en el plano corresponde al inmueble que se cita en la compraventa y que se encuentra inscrito a fojas 743 vuelta, número 1040, en el Registro de Propiedad de 1994, pues si bien en la inscripción de dominio acompañada consta que la solicitante es dueña, luego de las notas que figuran a su margen, del resto de un inmueble dentro de los deslindes generales de la inscripción, no se señala metraje ni superficie que haga posible determinar la cabida y los deslindes y, por ende, contrastarla con el plano que se requiere inscribir donde figura una cabida de 1.129 hectáreas

y todos sus deslindes con metraje claro. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó la decisión del Conservador porque la inscripción número 1040, que corre a fojas 740 vuelta del Registro de Propiedad de 1994, omite la cabida y las medidas de los deslindes, con lo cual, *“sin probanzas adicionales, del solo examen de esa inscripción y del título y del plano que ahora se quiere inscribir, no se puede determinar si los lotes a que se refieren estos últimos documentos están incluidos en el predio amparado por la inscripción referida”*. Y *“es legalmente inadmisibles inscribir lotes que no se sabe dónde están o, lo que es lo mismo, si realmente están ubicados dentro del terreno en que se dicen estar”*. En la situación que se conoce, la Corte estima que *“esa determinación no existe y por ende efectivamente pueden afectarse derechos de terceros y el Conservador, por consiguiente, está obligado a rechazar la inscripción”*⁹. La Corte Suprema ratificó la decisión del tribunal de apelación¹⁰.

Luego, en un caso en el que se pretende reivindicar un inmueble, la Corte Suprema se refiere a la individualización como un requisito de procedencia de la acción y dice que *“resulta un requisito de procedencia de la acción la individualización del paño que constituye su objeto, lo cual no se cumplió pues se refiere el actor al sector denominado ‘Campos de Cerros’ y a una franja enorme del sector denominado ‘La Hondonada’, sin contar con la singularización exigida por los artículos 890, 891 y 892 del CC, la cual requiere al menos la designación de los deslindes del inmueble, de manera que no exista duda que lo que se otorga no pertenece a terceros poseedores inscritos”*, y que *“la previa determinación de dichos deslindes, constituye un presupuesto jurídico de la acción que se deduce, para que ésta pueda ser acogida en definitiva”*. Destaca que *“los falladores de segundo grado concuerdan en que los deslindes del terreno reivindicado resultan incompletos e indeterminados, lo que impide acoger la acción por falta de singularidad del terreno pretendido al no reunirse en la especie los requisitos del artículo 889 del CC”*¹¹.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Talca en la determinación del predio que es objeto de reivindicación, pues *“constituye una exigencia de la acción reivindicatoria, que el bien a reivindicar tenga el carácter de singular, esto es, que no exista duda alguna en cuanto a su individualidad, debiendo el tribunal circunscribir su conocimiento a una cosa concreta y conocida”*. En el apartado séptimo concluyó que el retazo que se pretende reivindicar carece de una individualización certera, en los términos que precisa, *“lo que impide al tribunal acceder a la demanda, la cual, en consecuencia, no puede prosperar”*¹².

Estos casos y otros que no acabamos de citar permiten afirmar que si la descripción del inmueble no aparece en el título o está incompleta —aunque haya sido ilustrada a través de un plano que atribuye medidas y deslindes a cada una

de las partes o a la totalidad de un terreno pertenecientes a un propietario—, no puede ser objeto de inscripción ni de reivindicación. La designación constituye un elemento importante del acto que se trate, es una forma que determina el objeto de la inscripción. No se puede suplir, ni aun consultando el dato en las inscripciones precedentes. En consecuencia, ante una descripción literal desactualizada, haya o no plano, es positivamente posible que las dimensiones y los límites reales de un inmueble difieran de los establecidos en el Registro de la Propiedad¹³.

1. LOS CATASTROS CHILENOS DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS Y EL DE BIENES NACIONALES Y EL CATASTRO ALEMÁN

El Catastro chileno y el Catastro alemán “Lie-genschaftskataster” tienen el mismo nombre; sin embargo, se han desarrollado de diferentes maneras y cumplen diferentes funciones. En Chile, el sistema catastral comprende varias especies de Catastro y con distintos propósitos.

2. EL CATASTRO DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, EL DE BIENES NACIONALES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

El Servicio de Impuestos Internos, mediante un Rol semestral de contribuciones que contiene “los datos indispensables para la identificación de un predio, su avalúo, la exención si tuviere, y el impuesto”¹⁴, completa y mantiene un Catastro de Bienes Raíces en el que registra la información relativa a los datos del terreno y/o construcción de un inmueble para el cobro del impuesto territorial¹⁵.

La información que contiene el Catastro se obtiene principalmente de las escrituras públicas de transferencia y de las inscripciones que se practican en los registros de los conservadores de bienes raíces; de las respectivas municipalidades, en relación con permisos y recepciones de construcciones, loteos y subdivisiones, patentes municipales, concesiones de bienes municipales o nacionales de uso público entregados a terceros, así como de las aprobaciones de propiedades acogidas a la Ley sobre Copropiedad Inmobiliaria; la que a su vez se obtiene de los mismos propietarios de los bienes raíces, de acuerdo a las escrituras de los respectivos inmuebles.

Los notarios y los conservadores de bienes raíces están obligados a proporcionar al Servicio de Impuestos Internos la información que emane de las escrituras públicas de transferencias y de las inscripciones que practiquen en los registros de los conservadores de bienes raíces, en la forma y plazo que el organismo determine¹⁶. También, “los notarios titulares, suplentes o interinos comunicarán al Servicio todos los contratos otorgados ante ellos que se refieran a transferencia

de bienes, hipotecas y otros asuntos que sean susceptibles de revelar la renta de cada contribuyente. Todos los funcionarios encargados de registros públicos comunicarán igualmente al Servicio los contratos que les sean presentados para su inscripción (...)”¹⁷. En consecuencia, los roles definitivos de los avalúos de los bienes raíces son actualizados por el Servicio de Impuestos Internos por medio de la información que se obtiene de estos títulos¹⁸.

Ahora bien, imaginemos que un propietario de un inmueble omite inscribir la subdivisión o edificación que realizó en el predio o que su inmueble ha variado en ciertas características físicas y, sin embargo, la inscripción mantiene la descripción original. La inscripción que consta en el Registro no se ajusta a la realidad como tampoco la del Catastro pues se basa en la primera (CAMUS *et al.*, 2016, 10 y 11; ROJAS VILCHES y MARTÍNEZ REYES, 2011, 85 y 86). Solo el avalúo fiscal o la determinación del pago de la contribución puede forzar que el propietario o titular renueve la información que figura en el Registro de la Propiedad.

Recientemente, esta situación ha tendido a mejorar, ya que desde 2017 es posible saber y revisar la ubicación espacial del predio o propiedad por medio de mapas en línea, consultarla y compararla con el entorno. Se trata de una aplicación gráfica y georreferenciada asociada a los bienes raíces que se encuentran en terreno, lo que permite ubicarlos mediante coordenadas sobre un plano, mapa o representación compatible con el Datum WGS 84 (PÉREZ GARCÍA, 2018, 5; TARRÍO MOSQUERA *et al.*, 2017, 21), proyección UTM, husos 18 y 19 (según la proyección empleada, las coordenadas elipsoidales pueden representarse en un plano; en el caso de Chile continental, se emplea la proyección Universal Transversal de Mercator (UTM), husos 18 y 19). Por su intermedio se integra la información catastral y tributaria del contribuyente, la que es utilizada para reforzar las tareas de asistencia, fiscalización y tasación practicadas por el Servicio de Impuestos Internos. La información contenida en estos instrumentos está a disposición de los contribuyentes y se considera parte integrante de un Sistema de Información Geográfica (SIG).

El Catastro Nacional de Bienes Fiscales, por su parte, se encarga de formar, conservar y actualizar los bienes inmuebles del Estado a partir de la información que le facilitan las reparticiones de la administración pública, y los propios funcionarios encargados de mensurar, registrar y estudiar estas propiedades y el patrimonio natural y cultural del país para que la administración gestione eficientemente el territorio fiscal¹⁹.

El Catastro mantiene una mapoteca y un archivo general de planos que expresan la división territorial del país y conforman un resumen cartográfico de los inmuebles fiscales. El levantamiento y el tratamiento de los datos se realiza de acuerdo a las normas contenidas en un manual técnico de 2010. De modo que, si

bien se intentó fortalecer esta información mediante la incorporación de geotecnología y la construcción de un sistema de información territorial planimétrico y cartográfico, según el referido instrumento²⁰, la georreferenciación solo se hizo realidad en 2017²¹.

Ese año se implementó una herramienta catastral que muestra gráficamente la propiedad fiscal. Se trata de un *software* del tipo herramienta de gestión de información cualitativa y cuantitativa, con componente geográfico, capaz de mostrar la ubicación de los bienes y activos en mapas, cuya información está referida al Datum geodésico PSAD 56 y WGS 84 (husos 17, 18 y 19), para la visualización territorial (coordenadas geográficas WGS 84) y la mejora de la gestión de la información dentro de la organización.

La introducción de este sistema permite generar, gestionar y visualizar planos catastrales, como cartografía digitalizada tanto de zonas urbanas como rurales e integrar y mantener actualizada la información cualitativa y cuantitativa de los inmuebles y los servicios públicos dentro del territorio nacional.

Para que las personas accedan a la información se creó un “portal ciudadano”, en el que hacen consultas tanto usuarios personalizados como aquellos que no lo son; estos últimos tienen acceso al igual que los primeros, aunque circunscrito al estado de la propiedad fiscal, su ubicación y otras características relevantes de los inmuebles sujetos a este régimen jurídico²².

Ambos catastros son parte de un sistema de información territorial en el que se identifican los bienes inmuebles y se detallan las características que los describen. Uno, para que los contribuyentes cumplan cabalmente sus obligaciones tributarias; el otro, para que la administración adopte todas las acciones que involucra la “Gestión territorial”. Se distinguen por incorporar todas las alteraciones que se realizan en los inmuebles sujetos a tributación y los de propiedad fiscal, de modo que los catastros comprenden la actualización constante y obligatoria de estos bienes. Sin embargo, no contemplan todos los inmuebles del territorio nacional y carecen de un sistema que, a su vez, complete o modifique la información jurídica que contienen las instituciones obligadas a entregarles información a estos catastros; por ejemplo, el Conservador de Bienes Raíces.

A su turno, el Registro de la Propiedad chileno se encuentra regulado por el Código Civil, el Reglamento del Registro Conservatorio y el Código Orgánico de Tribunales, y bajo la responsabilidad de los conservadores de bienes raíces. En cada comuna o agrupación de comunas que constituye el territorio jurisdiccional de un juzgado de letras existe un conservador de bienes raíces²³.

El conservador mantiene un repertorio que corresponde a un libro en el que anota en estricto orden cronológico todos los títulos que se le presenten²⁴, y tres libros, uno corresponde al Registro de la Propiedad, otro de Hipotecas y Gravámenes, y otro más, de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar. Cada registro

tiene un índice de los otorgantes, ordenados alfabéticamente, y un apéndice donde se agregan los documentos²⁵.

En el Registro de la Propiedad inscribe las mutaciones jurídico-reales de los inmuebles y se realizan también las cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones efectuadas. Es público, de modo que tiene la obligación de mostrar los libros y dar las copias y certificados que acrediten la existencia de inscripciones de dominio, gravámenes o prohibiciones de enajenar²⁶, y de atestiguar la inscripción solicitada mediante un timbre en la copia del título que se le presenta²⁷.

El conservador inscribe a partir de la exhibición de la copia auténtica de un título o de una sentencia con su certificado de que se encuentra ejecutoriada, correspondiente a la comuna donde se encuentra ubicado el inmueble, y de los demás documentos necesarios, sean públicos o privados. Por lo tanto, la inscripción proviene de instrumentos públicos o de resoluciones judiciales ejecutoriadas y debidamente certificadas que le presenten los interesados por sí o por sus representantes legales. Si la inscripción se solicita para transferir el dominio, o algún derecho real, del artículo 52. 1.º, N.º 1 del Reglamento, será necesario que el apoderado o representante legal presente el título de su mandato, que normalmente se insertará en la respectiva escritura pública. Sin embargo, puede negarse por las razones señaladas en el Reglamento del Registro Conservatorio, artículos 13 y 14. La interpretación de estos artículos por los tribunales y por la doctrina no ha sido uniforme, pues el sentido y alcance de estas disposiciones varían según sea el conservador que debe decidir sobre la inscripción.

En ese sentido, hasta ahora, una parte de la doctrina ha señalado que “(...) sus funciones se reducen a las anotaciones e inscripciones de títulos relacionados con inmuebles; pero no se extienden al examen de los títulos y tampoco a la eficacia de los mismos” (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1957, 353; VODANOVIC, 1974, 365; GONZÁLEZ, 2008, 354; ALESSANDRI *et al.*, 2010, 230). Todavía más, que sus atribuciones son “limitadas y constreñidas, principalmente, a las formas de los títulos en relación con el orden y funcionamiento del Registro (...) carece de facultades amplias de control sobre la substancia y los defectos de los actos contenidos en los títulos (...), el sistema no controla pues, ni la validez y eficacia de los actos [salvo, la excepción de nulidad absoluta] ni la correlación entre la descripción del predio consignada en el título y sus reales características” (PEÑAILLO, 2019, 270; 2006, 290; CAPRILE, 2011, 250). En tanto, otra parte ha dicho que la calificación es “amplia”, pues la causal en que debe fundar el cierre registral también lo es, “si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles, sirviendo los ejemplos del artículo 13 solo para ilustrarla” (SEPÚLVEDA, 2018, 114; 2014, 216; 2002, 25; VIDAL, 1993, 205; GUTIÉRREZ, 2010, 33). Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha indicado que la calificación se reduce a

las anotaciones e inscripciones de títulos relacionados con inmuebles, pero no se extiende al examen de validez y eficacia de tales instrumentos, pues para tales efectos, de conformidad al artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio, las funciones en la constitución de la propiedad inmueble son esencialmente pasivas y no está dentro de ellas el determinar la validez de los títulos que se le presentan para su inscripción, salvo que una norma especial lo autorice para ello²⁸. Agrega que la autorización excepcionalmente concedida para negarse a practicar la inscripción solo opera cuando el defecto surge del examen del título y corresponde a las causales sobre la base de las cuales el conservador puede denegar la inscripción, las que son de carácter formal y no de fondo²⁹.

La inscripción contiene menciones tales como la naturaleza y fecha del título, los nombres y domicilios de las partes; la individualización del inmueble, según aparezca en el título. La omisión de alguna de estas designaciones o la mención defectuosa o insuficiente de los títulos se subsanan a través de una escritura pública³⁰. Cualquier otro error, omisión o modificación de la inscripción se resuelve mediante una subinscripción en el margen derecho de la misma.

Ahora bien, si la modificación de la inscripción se basa en un nuevo título, el conservador realiza una nueva inscripción, en la que pone una nota de referencia a la que los interesados pretenden modificar, y en esta, igual nota de referencia de aquella³¹. En cambio, si la alteración implica una cancelación porque las partes la han solicitado o una sentencia lo ordena, hace una subinscripción al margen de la inscripción. Salvo si la cancelación deriva de la transferencia del derecho inscrito, pues en este caso, la inscripción anterior se entiende cancelada por la nueva³².

Así las cosas, la singularización del inmueble en la inscripción depende de la determinación que de este se haya hecho en el título que suscribieron las partes, lo mismo ocurre en cualquiera otra modificación de la inscripción, excepto que se origine en una sentencia judicial. Esto explica la razón por la que en el sistema registral chileno el conservador no garantiza la correspondencia entre los títulos y las características de los inmuebles en la realidad.

3. EL CATASTRO ALEMÁN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En cambio, en Alemania, el Catastro (*Liegenschaftskataster*) es un registro oficial regulado por la Ley Federal³³, que es responsable de la determinación y actualización geográfica de los inmuebles de acuerdo al modelo de integración Alkis (§ 2, párrafo 2 GBO)³⁴. Entre sus funciones, destaca que proporciona datos sobre límites, coordenadas y geometría de los inmuebles; entrega apoyo topográfico a las personas públicas y privadas para las decisiones de planificación y

construcción; y determina el valor de la propiedad inmueble, salvo la fiscal, que corresponde a los departamentos de Hacienda de los estados federales o *Länder*.

La información es levantada y actualizada por las autoridades o por profesionales designados públicamente³⁵. Un “*surveyor*” es un experto en geografía terrestre y en las distintas formas de describir los objetos, además de tener conocimientos jurídicos sobre la propiedad y la normativa que regula este tipo de bienes.

Si un usuario pretende incorporar datos originales sobre un bien inmueble, o bien realizar cambios que alteran la información contenida en el Catastro, por ejemplo, transformaciones en la edificación, dimensiones, deslindes, estos deben ser solicitados por el propietario. La petición es canalizada en una oficina catastral, en donde los técnicos “*surveyors*” o un “*licensed surveyor*” externo al Catastro se encargan de realizar el trabajo técnico y de pedir al Catastro y al Registro de la Propiedad los documentos necesarios para conocer la situación física y legal que mantiene el inmueble en la actualidad³⁶. En tales casos, el plano urbanístico lo proveerá el *Rathaus* (Ayuntamiento).

Basándose en el estudio de estos documentos, definen los límites de la propiedad y dibujan el mapa catastral, trasladando la posición de cualquier punto del terreno a un plano compatible. En este contexto, se entiende por plano compatible aquel en que los datos geográficos de la georreferencia son los mismos que posee este mapa.

“El límite de una propiedad se establece cuando su ubicación se determina de manera clara y confiable (determinación de límites) y el resultado de la determinación de límites es reconocido por los involucrados (Sección 21 (1)) o se considera reconocido (Sección 21 (5)). (2) Si no se puede determinar el límite de una propiedad existente porque las partes involucradas no pueden ponerse de acuerdo, se considerará en disputa si, a juicio experto de la autoridad catastral (sección 23), se puede suponer que el catastro de la propiedad no demuestra el límite legal”. Determinación de los límites de la propiedad según datos del Catastro, tolerancia de error. OVG Rheinland-Pfalz, 13.01.2016 – 1 A 10955/13³⁷.

Esto es fundamental porque quiere decir que las coordenadas que respetan el punto en el terreno son compatibles (del mismo tipo) con las que contiene el mapa que las representa. Además, ambas están referidas al mismo *datum*³⁸.

El trabajo incluye medir la superficie e identificar los accidentes geográficos, asegurado con el sistema SAPOS; determinar los nuevos deslindes y marcar el perímetro en los vértices de los inmuebles con puntos de referencia geodésicos al menos en las cuatro esquinas (coordenadas del sistema europeo ETRS 89). Estos estándares de medición permiten conseguir la integridad de los datos; en virtud de esta, los inmuebles incorporados al Catastro contienen una descripción completa, que comprende sus características físicas y jurídicas.

La incorporación de los bienes inmuebles y sus alteraciones se extiende a la modificación de cuantos datos sean necesarios para su adecuada descripción conforme a la realidad. Por ejemplo, localización, referencia catastral, superficie, uso o destino, clase de cultivo, representación gráfica, valor catastral y el titular.

Una vez que se ha confirmado la correspondencia con el terreno, prepara un documento denominado “plano catastral” que entrega al Catastro. El control de calidad de los datos y el registro lo efectúa un técnico, quien toma la decisión sobre si estos datos ingresan o no y se lo comunica al dueño o titular, y al “*licensed surveyor*” si la labor de medición fue realizada por un externo (HOMBRADOS LARRIBA, 2014, 37; BECKER, 2010, 2 y 3).

Este plano o mapa inmobiliario goza de fe pública con respecto a los documentos topográficos que establecen la ubicación del inmueble dentro de ciertos límites divisorios y, por lo tanto, de una presunción legal de que es correcto en esos términos (§ 892 BGB).

En este sentido, el Tribunal Federal consideró que el actor había adquirido la propiedad de buena fe debido a que la transferencia y la inscripción en el Registro de la Propiedad se había realizado conforme al § 892 del Código Civil alemán. Para hacerse de esta protección fue decisoria la línea divisoria que muestra la información del inventario en el Registro de la Propiedad desde 1865, y que resulta del catastro inmobiliario. De acuerdo con el deslinde allí señalado, el área parcial fue asignada a la parcela 209/67 adquirida por la actora³⁹.

En otra ocasión, el tribunal también indicó que, en el caso de los inmuebles, el límite se deriva del mapa de la propiedad en el que se basa el catastro de propiedad (cf. § 2 pfo. 2 GBO); la presunción de corrección del Registro de la Propiedad se extiende hasta el límite de deslinde, de acuerdo con la Sección 891 (1) del Código Civil alemán (cf. Senado, BGH, Urteil vom 02.12.2005 – V ZR 11/05 [...])⁴⁰.

Finalmente, el tribunal enmendó la decisión que rechazó la inscripción de un inmueble y señaló que la referencia del Registro de la Propiedad al catastro inmobiliario posibilita y garantiza que el inmueble se encuentre realmente donde está. En los negocios jurídicos, esta es la forma en la que se garantiza la parte específica de la superficie terrestre a la que se refiere un derecho registrado. La presunción de corrección del Registro de la Propiedad (§ 891 BGB) también se extiende a la línea de deslinde resultante del catastro de la propiedad (Senado, sentencia del 2 de diciembre de 2005-V ZR 11/05, NJW-RR 2006, 662)⁴¹.

Sin embargo, el tamaño y el uso del inmueble no disfrutan de esta seguridad, de manera tal que estos datos no permiten afirmar que el inmueble tiene estas características, aunque se ampara a la persona que confió de buena fe en que los datos que figuran en el mapa son correctos. Si el usuario detecta un error atribuible al Catastro, puede presentar un reclamo y obtener incluso una indemnización⁴².

Así, por ejemplo, en un caso de división de terreno, la Oficina de Agrimensura entregó una copia de la prueba de “continuación” a la Oficina de Registro de la Propiedad responsable. El documento contenía los nuevos números de lote y los cambios en el uso real del inmueble, pues había corregido un error en el mapa que afectaba la representación del límite entre las propiedades nombradas en el pie de la fotografía. El tribunal de casación indicó que el Registro de la Propiedad no está obligado a corregir estos datos debido a que no se inscriben en dicho registro. Por lo tanto, contrariamente a la opinión del tribunal de apelación, el superior señaló que en el caso de la corrección de datos de hecho no se requiere de una aprobación de las personas interesadas, de acuerdo con el § 19 de la Ley reguladora del Registro de la Propiedad; el Registro de la Propiedad no publica estos datos, de acuerdo con el § 22 de la misma ley. La corrección gráfica de la representación de los límites en el mapa de la propiedad se lleva a cabo por el Catastro, ente administrado y dirigido por las autoridades topográficas⁴³.

En una causa de reivindicación, el tribunal indicó que la presunción de corrección del Catastro también se extiende a la línea de deslinde resultante del catastro de la propiedad (BGH FGPrax 2017, 195 pfo. 19). Sin embargo, si en casos excepcionales las cifras del levantamiento y el mapa de la propiedad no coinciden, la presunción de precisión se refiere al curso de la frontera tal como surge de las cifras del levantamiento y no del mapa de la propiedad derivado de él (gráficamente incorrecto) (BGH FGPrax 2017, 195 pfo. 19). De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia, la presunción de corrección del § 891 del Código Civil alemán se extiende a la línea divisoria resultante del catastro inmobiliario (BGH FGPrax 2017, 195 pfo. 19)⁴⁴.

El acceso a la información carece de restricciones para el titular, pero para el resto de la población existen ciertas reservas sobre el nombre de aquel, el valor de los inmuebles singularizados, el mapa catastral y los datos topográficos. Las coordenadas de cada inmueble son de uso interno.

En Alemania, el Registro de la Propiedad, “Grundbuch”, realiza funciones relacionadas con la publicidad de la propiedad raíz (§ 873 BGB). En él se inscriben los derechos de dominio y los gravámenes asociados, indicados expresa y taxativamente en la ley (*numerus clausus*). Se señala la ubicación y tamaño del inmueble de acuerdo a su designación en el Catastro inmobiliario.

El Reglamento del Registro de la Propiedad (GBO) y la Ordenanza del Registro de la Propiedad (GBV) regulan el procedimiento de las inscripciones. Cada inmueble figura en un *Real Folium*, según lo que dispone el BGB⁴⁵.

El Registro de la Propiedad se caracteriza por un sistema de doble inscripción de carácter obligatorio en el Registro de la Propiedad y en el Catastro⁴⁶. Toda anotación o modificación de la titularidad del inmueble, así como de los

documentos catastrales —por ejemplo, del plano y la cartografía— se realiza en ambos (MARTÍNEZ VELENCOSO *et al.*, 2017, 74).

En efecto, “*para garantizar que el Catastro de bienes raíces siempre contenga la información actual sobre una parcela de terreno, todos los cambios que recaen sobre esta última deben registrarse y luego transferirse al Catastro de bienes raíces. El término técnico para mantener actualizado el Catastro inmobiliario es ‘continuación’. Las encuestas inmobiliarias las llevan a cabo equipos de topografía designados públicamente (ÖbVI)*”⁴⁷.

El número del Registro y el identificador catastral del inmueble están conectados, de modo que al consultar sobre el inmueble se accede a todos los datos del Registro en tiempo real.

El Tribunal Federal, conociendo de un recurso de apelación contra la decisión que rechazó la inscripción en el Registro de la Propiedad, indicó que la correspondencia entre el Catastro inmobiliario y el Registro de la Propiedad está garantizada por el intercambio mutuo y constante de datos (ver Sección 127 (1) número 1 GBO, Sección 11 (5) oración 2 SächsVermKatG). El Registro de la Propiedad, por un lado, debe informar a la autoridad que lleva el Catastro de bienes inmuebles (en Sajonia: autoridad inferior de inspección, § 4 pfo. 4 SächsVermKatG), entre otras cosas, sobre los cambios de titularidad (§ 55 pfo. 3 GBO; cf. número XVIII de la Orden sobre comunicaciones en asuntos civiles). Por otro lado, la autoridad de inspección catastral informa al Registro de la Propiedad de los cambios en el Catastro de bienes raíces por medio de prueba de continuación (cf. § 14 SächsVermKatG, § 9 pfo. 1 del reglamento de aplicación para SächsVermKatG del 6 de julio de 2011, en adelante: SächsVermKatGDVO)⁴⁸.

Lo anterior permite incorporar todos los bienes inmuebles tanto en el Registro de la Propiedad como en el Catastro, sin excepciones, cualquiera que sea el régimen fiscal o tributario a que se encuentren sometidos, y con independencia de que sean de dominio público o privado. Sin embargo, esto no implica que las inscripciones en el Registro de la Propiedad a título meramente informativo —ubicación, tamaño, uso— posean fe pública. En el Registro de la Propiedad, la fe pública se limita a los derechos y gravámenes de la misma de acuerdo con su destino, según se explicará más adelante.

En 1993 el Registro de la Propiedad alemán mutó a formato electrónico y desde esa fecha se puede acceder por internet⁴⁹. Esta circunstancia permitió que los notarios y las instituciones de crédito pudieran acceder en línea, acelerando el proceso de inscripción de la propiedad y que los contratos se autenticasen más rápidamente; si los usuarios tienen preguntas sobre el estado actual del registro de su propiedad pueden obtener la información en cualquier momento. Así, el proceso que transcurre desde la transferencia hasta la inscripción se realiza con mayor rapidez.

Aunque el acceso al Registro es limitado, los notarios, autoridades, tribunales de justicia y los agrimensores designados por la autoridad acceden sin restricción. También, las personas autorizadas por el propietario para inspeccionar el inmueble pueden obtener información (12 y 12.^a GBO)⁵⁰. El resto debe acreditar un interés legítimo, por ejemplo, ser un inquilino o un vendedor autorizado por el titular⁵¹. Si esto es así, el legitimado puede revisar tanto las anotaciones que ingresan como aquellas que se suprimen. Las inscripciones y otros cambios requieren de una solicitud de autorización (133 GBO).

Ahora bien, si se detecta un dato totalmente inexacto en el Registro, el afectado tiene derecho a que se corrija de acuerdo al § 894 del Código Civil alemán⁵². Sin embargo, para que prospere esta pretensión debe contar con el consentimiento del titular o recurrir a los tribunales de justicia para que ordenen la corrección. El derecho del recurrente no prescribe (22 GBO). En tanto, si es parcial, se registra el reparo para que se corrija (§ 899 pfo. 1 BGB). La objeción es una inscripción provisional, pero, a diferencia de la inexactitud total, la objeción tiene por objeto garantizar la existencia de un derecho real.

II. COORDINACIÓN ENTRE EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La relación entre los catastros chilenos y el Registro de la Propiedad se produce por el hecho de que la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces es la única manera de realizar la tradición de los derechos reales sobre inmuebles. En el derecho chileno esta idea se desprende del artículo 686 del Código Civil, según el cual la propiedad y los demás derechos reales constituidos sobre inmuebles se adquieren y transfieren por la tradición, la que se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador (OTÁROLA ESPINOZA, 2022, 24).

Los efectos que produce la inscripción derivan de la presunción del artículo 700 inciso 2.º del Código Civil, en virtud de la cual se presume como dueño al poseedor inscrito, mientras otra persona no justifique serlo (PEÑAILILLO, 2019, 929; SEPÚLVEDA, 2002, 175; TAVOLARI OLIVEROS, 2010, 182). Por lo mismo, la inscripción que consta en el Registro le otorga poder al poseedor inscrito, sea desde el punto de vista de la existencia del derecho y su pertenencia, o de que seguirá siendo tratado como dueño en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas mientras permanezca inscrito a su nombre (FRIEDMANN, 2010, 364). En tanto, no protege al tercero que adquirió de titular inscrito y contrató con la convicción y la certeza de que el contenido registral es correcto, toda vez que —como se vio— la singularización del inmueble en la inscripción puede que

no concuerde con la realidad; esta situación pone de manifiesto que no es posible reputar exacto el Registro de la Propiedad.

Una de las razones que explican esta dificultad es que la construcción de los catastros resulta de la información que remiten los operadores jurídicos, notarios y conservadores sobre la transferencia de los inmuebles y de las inscripciones que se practican en el Conservador de Bienes Raíces, las que, a su vez, se basan en instrumentos cuyas declaraciones sobre la superficie, deslinde y contorno del inmueble no son acompañadas por información gráfica y en ocasiones es diferente a la de la realidad. Lo mismo puede decirse de los documentos y copias de los instrumentos públicos que los conservadores proporcionan gratuitamente, las inscripciones que afecten a bienes fiscales y de las anotaciones y cancelaciones de las mismas.

A lo anterior se añade que los contribuyentes pueden omitir en la declaración la existencia del inmueble, las mejoras o las modificaciones que se hayan hecho al paño sobre el que se encuentra, entre otras cosas, por lo que es imposible saber cuál es el régimen jurídico aplicable a dicho bien, determinar correctamente su avalúo fiscal o el valor de mercado, por ejemplo. Aunque el Servicio de Impuestos Internos está obligado a tasar los bienes sujetos a las disposiciones de la Ley 17.235, no lo está sobre los bienes de uso público, salvo aquellos del artículo 48 del mismo texto legal. Todo esto conduce a considerar que los cambios físicos y las vertiginosas correcciones urbanas que alteran la realidad inmobiliaria chilena no se incorporan de la misma forma ni en los títulos de los inmuebles y en ocasiones tampoco en los catastros.

En consecuencia, si los titulares que acuden al Registro de la Propiedad no están obligados a aportar la información gráfica (planimetría y cartografía georreferenciada) de sus inmuebles, la que entregan los operadores jurídicos es literal y está basada en las declaraciones de los usuarios en los respectivos títulos, resulta muy difícil que la descripción técnica y precisa de los inmuebles que mantiene el Catastro sirva a la especialidad registral, que se exige o debería exigirse para que los títulos ingresen al Registro y ser, por tanto, objeto de inscripción. La extensión del dominio debe estar delimitada en todos sus contornos, de manera que cualquiera que adquiera confiando en el contenido del registro conozca cuál es el contenido del derecho inscrito o del que pretende inscribir.

Esta información refleja la situación del inmueble que es objeto de transferencia, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales que recaen sobre él. Al no estar identificado el inmueble en todos sus caracteres, las personas que pretenden contratar sobre estos bienes no tienen seguridad acerca de su situación jurídica real.

En Chile los catastros del Servicio de Impuestos Internos y de Bienes Nacionales registran en base a la información que los operadores les entregan respecto

de cada uno de los procedimientos de inscripción, incorporación o alteración registral que se les presentan. Se apoyan en la descripción gráfica georreferenciada que estos mismos obtienen sobre los inmuebles, aunque no de todos. A su vez, los conservadores y notarios reproducen las descripciones de los títulos anteriores e inscriben los inmuebles tras un proceso de calificación basado en la descripción literal de los mismos. La consistencia aumentaría no solo si el plano fuese obligatorio, sino también si el inmueble estuviere respaldado por el Catastro.

Si hubiese un sistema de coordinación entre el Catastro y el Registro, el primero apoyaría y complementaría los inmuebles inscritos en el Registro, lo cual *“(es útil en la confección de planos individuales y luego como cotejo o contraprueba ante dudas, errores o desajustes)”*⁵³ y, por consiguiente, entregaría mayor seguridad y certeza a los derechos a través de la precisión de la descripción de los inmuebles.

En Alemania el Registro de la Propiedad requiere de la descripción clara e inequívoca que el Catastro le proporciona para la transferencia de la propiedad de los inmuebles⁵⁴. En el derecho alemán, de acuerdo a los §§ 873 y 925, la inscripción es necesaria para alterar el tracto en la realidad jurídica real; es decir, la inscripción es constitutiva para las transmisiones en negocios jurídicos *inter vivos* (GERGEN, 2006, 627 y 628). Por lo mismo, no se produce ninguna modificación o transmisión de la propiedad ni de los demás derechos reales mientras no se inscriba en el Registro⁵⁵. El titular que inscribe en el derecho alemán adquiere válidamente y se hace dueño (§ 891 BGB)⁵⁶.

Al mismo tiempo, la inscripción es plenamente eficaz con relación a cualquier adquirente de buena fe, aunque luego resulte que la realidad jurídica no coincide con la real (ARRUÑADA, 2003, 421 y 422). En tal caso, el adquirente de quien está legitimado para transmitir según el Registro se convertirá en verdadero titular si desconocía la inexactitud del asiento del que deriva su derecho, según establece el § 892 del Código Civil alemán⁵⁷. En consecuencia, el Registro intenta no solo reflejar la realidad jurídica inmobiliaria, sino también entregar confianza y proteger a los terceros de buena fe (VAN VLIET, 2017, 155 y 156).

Las razones que explican esta situación derivan del hecho de que la inscripción de todos los inmuebles no depende de la voluntad de los interesados, sino que pesa sobre ellos la obligación de hacerlo, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Catastro. También resulta de la estrecha relación que existe entre estos y que se manifiesta en la información que entregan los titulares catastrales, y en el proceso técnico y muy riguroso que realizan la administración y las entidades públicas para conseguirla. El intercambio de la información entre ambos, sobre cada inscripción registral, incorporación o modificación que se producen, asegura la descripción completa de todos los inmuebles y mantenerla permanentemente actualizada (KOCUR-BERA y STACHELEK, 2019, 2 y 12).

Por lo tanto, aunque el Catastro y el Registro de la Propiedad son independientes en su funcionamiento y el segundo produce efectos jurídicos en relación con la mutación jurídico-real de la propiedad, de todos modos, la identificación del inmueble con efectos jurídicos en el sistema alemán es una realidad. Todas estas características dan origen a un verdadero sistema de coordinación de información territorial.

En Chile, en cambio, como se pudo observar, no existe un sistema de coordinación entre los catastros y el Registro de la Propiedad. El primero podría otorgar mayor seguridad al tráfico inmobiliario introduciendo mayor precisión en la descripción de los inmuebles, superando su tradicional marco de actuación como registro de recaudación fiscal o de gestión territorial —función en la que carga importantes carencias— e incorporando al asiento no solo la realidad geográfica, física y económica, sino también la realidad jurídica registral. El Registro de la Propiedad vería reforzada la fiabilidad jurídica de los datos catastrales y mejoraría la actualización de su información con esta colaboración, dado que le resulta esencial conocer e incorporar aquellas modificaciones o alteraciones que se produzcan en los inmuebles mediante cualquier hecho o acto que ocurra en la realidad.

En definitiva, el conocimiento cabal que posee el Catastro alemán respecto de los inmuebles y que entrega al Registro de la Propiedad trasciende la recaudación fiscal o la identificación del inmueble con efectos jurídicos, dado que sirve para todas aquellas actividades y políticas ligadas al territorio. En Chile, la descripción clara, actualizada y no universal que de los inmuebles mantienen los catastros del Servicio de Impuestos Internos y de Bienes Nacionales no se vincula con el Registro de la Propiedad durante el proceso de registración y, por tanto, no aporta seguridad ni certeza sobre el objeto de la propiedad u otro derecho.

CONCLUSIONES

I. En Alemania, el Catastro complementa el Registro de la Propiedad, debido a que aporta la descripción gráfica de los inmuebles pertenecientes a cada propietario, de manera tal que completa y perfila definitivamente la finalidad del Registro de la Propiedad, garantizando la existencia de los inmuebles y de sus límites, que en el Registro de la Propiedad constan en un asiento. En ese sentido, el Catastro cumple el rol de proporcionar un título gráfico descriptivo, complemento necesario de la titulación literal que el Registro ofrece.

II. Los catastros chilenos no logran colmar la descripción de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, debido a que uno de ellos se nutre de la información que notarios y conservadores le proveen de acuerdo a lo que figura en los títulos correspondientes; el otro se completa a sí mismo para la gestión te-

rritorial de los bienes fiscales, de modo que no existe una interrelación recíproca que coadyuve gráficamente a la finalidad del Registro chileno.

III. El Catastro alemán está coordinado con el Registro de la Propiedad durante el proceso de formación del asiento. Esta coordinación y la inscripción obligatoria en ambos generan una presunción de certeza sobre la situación real del inmueble. En Chile no existe esa coordinación.

En Alemania, la fe pública se extiende a todos los derechos inscritos y cancelados y a la información de que depende el derecho inscrito. Sin embargo, no se consideran ciertos el tamaño, el uso y la ubicación. En Chile, la certeza solo se despliega en los ámbitos administrativo y tributario. No tiene ninguna incidencia en el ámbito civil ni en las relaciones jurídicas privadas y, por tanto, en lo que concierne a los derechos reales inmuebles.

IV. La incorporación de la representación georreferenciada del Catastro en el Registro de la Propiedad alemana es compatible, porque el propietario está obligado a inscribir en ambos, y estos, a su vez, intercambian información en cada etapa del procedimiento de inscripción registral. En Chile, la técnica del Catastro es difícilmente compatible con la forma literal en que se llevan los libros en la actualidad y el propietario no está obligado a inscribir en el Registro ni en el Catastro.

V. Chile no cuenta con un sistema catastral que pueda servir de garantía a los títulos de la propiedad expedidos por el Conservador, y que por sí solos garanticen la existencia real de un inmueble, al menos en cuanto a los linderos o límites que en él se contienen. En ese orden de ideas, el Catastro revela su importancia como organización para completar un instrumento tan relevante como supone la posibilidad de comprobar, identificar, singularizar e incluso probar la existencia del inmueble, circunstancias todas que se consiguen mediante el Catastro.

VI. La finalidad principal de los catastros estudiados es la recaudación tributaria y la gestión territorial de los bienes nacionales, propósito que se ha conseguido por este medio, evitando la parcelación, la realización de mejoras u otra ocultación como la consiguiente tributación. El Catastro debería facilitar datos estadísticos no solo para efectos de incrementar la riqueza nacional, sino del propio territorio y conseguir una distribución de la primera sobre el segundo, datos imprescindibles para un sistema catastral que sirva al Registro de la Propiedad.

RESOLUCIONES CITADAS

CHILE

Corte suprema

Corte Suprema, Rol N.º 6343-2013, sentencia de 26 de noviembre de 2013.

Corte Suprema, Rol N.º 7790-2013, sentencia de 31 de diciembre de 2013.
Corte Suprema, Rol N.º 45944-2016, sentencia de 14 de diciembre de 2016.
Corte Suprema, Rol N.º 13203-2018, sentencia de 23 de agosto de 2018.
Corte Suprema, Rol N.º 34556-2017, sentencia de 23 abril de 2019.
Corte Suprema, Rol N.º 5837-2019, sentencia de 13 de agosto de 2020.
Corte Suprema, Rol N.º 24311-2020, sentencia de 30 noviembre de 2021.
Corte Suprema, Rol N.º 76418-2020, sentencia de 03 de octubre de 2022.
Corte Suprema, Rol N.º 8053-2009, sentencia de 09 de diciembre de 2009

Corte de apelaciones

Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N.º 1828-2019, sentencia de 20 de enero de 2020.

Corte de Apelaciones de Talca, Rol 393-2019 Civil, sentencia de 23 de septiembre de 2020.

ALEMANIA

Tribunal Federal de Justicia de Alemania

Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 02 de diciembre de 2005.
Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 29 de junio de 2007.
Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 20 de noviembre de 2015.
Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 20 julio de 2017.
Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 14 de septiembre de 2018.
Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 09 de enero de 2020.

Tribunal Superior de Justicia de Berlín

Tribunal Superior de Justicia de Berlín, de 20 de noviembre 2012.
Tribunal Superior de Justicia de Berlín, de 18 de junio de 2019.

Verwaltungsgericht

Verwaltungsgericht Berlin, de 26 de febrero de 2015.
Verwaltungsgericht Würzburg, de 26 de febrero de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKLICKA, A. (2010). *Tratado de derechos reales. Bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 6a edición.
ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M. (1957). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Nascimento.

- ARRUÑADA, Benito (2003). Property Enforcement as Organized Consent. *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 19, núm 2, 401-444.
- BARCIA, R (2010). *Lecciones de Derecho Civil*. Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BECKER, Hans-Gerd (2010). Die Fortführung des Liegenschaftskatasters. *Geoinformation 2010 in Berlin – Veränderungen und Herausforderungen*. Hrsg.: Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin.
- BREHM, W. y BERGER, C. (2014). *Sachenrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 3a edición.
- CAMUS GAYAN, P.; ARENAS VÁSQUEZ, F.; LAGOS LÓPEZ, M. y ROMERO, A. (2016). Visión histórica de la respuesta a las amenazas naturales en Chile y oportunidades de gestión del riesgo de desastre. *Revista de Geografía Norte Grande*, núm. 64, pp. 9-20.
- CAPRILE BIERMAN, B. (2011). Por la reforma del sistema registral chileno. En F. Eloorriaga De Bonis (dir.). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- CASARINO, M (2006). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FRIEDMANN, F (2010). El régimen de la propiedad inmueble en Alemania y sus relaciones con el Derecho chileno (I). *Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Bienes* (TAVOLARI, Raúl): Editorial Jurídica de Chile.
- GERGEN, T. (2006). Wie kommt das Gewollte ins Gru. Zur inhaltlichen Bezugnahme der Einigung auf die Eintragung (§§ 873, 874 BGB). *Archiv für die civilistische Praxis*, 206. Bd., H. 4, 624-653.
- GONZÁLEZ CASTILLO, J. (2008). Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces. *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 18, 333-358.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, N. (2010). Sistema registral chileno. Historia, orígenes e implantación. *Registradores de España*.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, N. (2013). Problema de determinación de deslindes y superficie. *Revista Fojas*, en Revista Fojas.
- HOMBRADOS LARRIBA, C. (2014). Trabajos de mantenimiento en el Catastro alemán. *CT: Catastro*, núm 82, 35-47.
- KOCUR-BERA, K. y STACHELEK, M. (2019). Geo-Analysis of Compatibility Determinants for Data in the Land and Property Register (LPR). *Geosciences*, vol. 9, núm. 7, 1-15.
- LAKES, T. (2009). Geodata. *German Data Forum, Building on Progress*. Leverkusen: Verlag Barbara Budrich.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.; BAILEY, S. y PRADI, A. (2017). *Transfer of immovables in European private law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OTÁROLA ESPINOZA, Y. (2022). El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada. *Revista Direito GV*, vol. 18, núm. 3, 1-40.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- PÉREZ GARCÍA, M. (2018). *Geodesia en Chile, teoría y aplicación del Sistema de Referencia Geocéntrico para las Américas (SIRGAS)*. Santiago: IDE Chile.
- ROJAS VILCHES, O. y MARTÍNEZ REYES, C. (2011). Riesgos naturales: evolución y modelos conceptuales. *Revista Universitaria de Geografía*, vol. 20, núm 1, 83-116.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, M. (2002). *Estudio de títulos de inmuebles*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, M. (2014). *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- TARRÍO MOSQUERA, J.; ARAVENA RAMÍREZ, S. y SILVA VALDIVIA, C. (2017). *Asesoría en geodesia y cartografía aplicada a SIG*. Santiago: Universidad de Santiago.
- TAVOLARI OLIVEROS, R. (2010). *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VAN VLIET, L. (2017). Transfer of property inter vivos. En M. Graziadei y L. Smith (eds). *Comparative Property Law: Global Perspectives, Research Handbooks in Comparative Law series*. Cheltenham: Edward Elgar Pub.
- VIDAL DOMÍNGUEZ, I. (1993). *Estudio de los títulos de dominio. Guía práctica*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley.
- VODANOVIC HAKLICKA, A. (1974). *Curso de Derecho Civil y los otros derechos reales*.(Santiago: Editorial Nascimento, 3a edición.
- VON BORCH, P. (1980). Federal Republic of Germany. En D. Campbell (ed.). *Legal aspects of alien acquisition of real property*. Dordrecht: Springer.
- Ministry of Justice North Rhine-Westphalia. (s.f.). *Justizportal des Bundes und der Länder zum Elektronischen Grundbuch*. <http://www.grundbuchportal.de/>.

NOTAS

¹ Boletín 12092, 11 de septiembre de 2018. 134/367. Actualmente se encuentra en Primer trámite constitucional / Cámara de Diputados. Oficio de la Cámara de Diputados.

² Ilustrativo es tener presente que, aproximadamente, el 53,69% del territorio de Chile continental es de dominio fiscal (40.594.017 millones de hectáreas), del cual un 21,1% (16.002.572 millones de hectáreas) son áreas protegidas del Estado (SNASPE) y otro 13% está bajo la tuición directa de Bienes Nacionales (10 millones de hectáreas), y que actualmente se encuentran enrolados 8.656.530 predios, de los cuales 7.669.185 no son agrícolas y solo 987.345 sí lo son. Disponible en: <https://bienesnacionales.cl>.

³ Diccionario de Derecho Privado (1950), Tomo I (Barcelona, Editorial Labor S.A.), p. 828.

⁴ El artículo 2.2.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones establece que “(...) es la gestión que tiene por objeto dividir un predio, sin que el propietario esté obligado a urbanizar, por ser suficientes las obras de urbanización existentes”.

⁵ La Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en su artículo 2.2.4, define el loteo como “(...) la división de un predio en nuevos lotes que contempla la apertura de vías públicas”. El inciso final del artículo 65 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece que “el proceso de transferencia de los terrenos estará sujeto a que el propietario de estos cumpla con los requisitos que se determinan en el Párrafo 4º, Capítulo II, del Título III del D.F.L. 458, de 1976, y en su Ordenanza General”.

⁶ Ley 21442 de noviembre de 2022, artículos 49, 50 y 51.

⁷ La ley permite solicitar el archivo de un plano de copropiedad, subdivisión, fusión o ley de venta por pisos aprobados por la Dirección de Obras correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces para gestionar y disponer de los lotes o unidades en estos planos aprobados. Ley N.º 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria.

Ley N.º 6.071, sobre venta por pisos; DFL 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

⁸ Corte Suprema, Rol N.º 34556-2017, sentencia de 23 de abril de 2019.

⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 1828-2019, sentencia de 20 de enero de 2020.

¹⁰ Corte Suprema, Rol N.º 24311-2020, sentencia de 30 de noviembre de 2021.

¹¹ Corte Suprema, Rol N.º 45944-2016, sentencia de 14 de diciembre de 2016.

¹² Corte de Apelaciones de Talca, Rol N.º 393-2019, sentencia de 23 de septiembre de 2020.

¹³ El artículo 1.1.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones define construcción simultánea como las “(...) obras de edificación que se ejecutan juntamente con la subdivisión y las obras de urbanización del suelo, cuyos permisos y recepciones definitivas parciales y totales se otorgan y cursan, respectivamente, en forma conjunta”.

¹⁴ Rol Semestral de Contribuciones, y que contendrá, además de los datos indispensables para la identificación del predio, su avalúo, la exención si tuviere, y el impuesto”. Artículo 18 inciso 2.º DFL 1/1998 del Ministerio de Hacienda.

¹⁵ Resolución Exenta SII N.º 26, de 7 de marzo de 2022, indica que en la Subdirección de Avaluaciones se establecen las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones del subdirector respectivo: letra d) Impulsar la investigación, implementación y uso de tecnologías de información y georreferenciación, así como cualquier otra que facilite y permita la actualización automática y fundada del catastro de bienes raíces. Al Departamento de Tasaciones le corresponderá, letra a) Diseñar e implementar las metodologías de tasación, con el fin de determinar la tasación fiscal y comercial de los bienes raíces, considerando en ello el estudio de los Instrumentos de Planificación Territorial a nivel nacional, generando las herramientas para su aplicación.

¹⁶ Artículo 2 de la Ley N.º 17.990.

¹⁷ Artículo 76 del Código Tributario.

¹⁸ Ley N.º 17.235 sobre Impuesto Territorial. Considérese, también, la Resolución Exenta SII N.º 7, de 17.01.2020, que “establece obligación de comunicar electrónicamente información sobre enajenaciones de inmuebles por notarías y conservadores de bienes raíces, al Servicio de Impuestos Internos”.

¹⁹ El Decreto Supremo N.º 386, de 27 de octubre de 1981, del Ministerio de Bienes Nacionales, que establece el Reglamento Orgánico del Ministerio de Bienes Nacionales, indica en el artículo 1.º: “*Corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales (...) el Catastro nacional de los bienes del Estado; la constitución y regularización de la pequeña propiedad raíz; y ejercer las demás funciones y atribuciones que le señalan las leyes y reglamentos vigentes*”. Su artículo 2.º letra e) establece que el Ministerio, a través de la Subsecretaría, estudiará, planificará, resolverá o propondrá respecto de la “*formación y conservación del Catastro Nacional de Bienes Raíces del Estado*”.

²⁰ Decreto Ley 1.939, de 10 de noviembre de 1977, señala en el inciso primero del artículo 3: “*Corresponderá al Ministerio formar y conservar el Catastro de los bienes raíces de propiedad fiscal y de todas las entidades del Estado*”. Para luego mencionar en su inciso tercero: “*El Ministerio mantendrá la información de los bienes a que se refieren los incisos precedentes en un sistema informático georreferencial, disponible en su sitio electrónico institucional, con el fin de permitir conocer su ubicación, avalúo, titularidad, destino y demás antecedentes que señale el reglamento a que hace referencia el inciso anterior (...)*”.

²¹ Resolución N.º 1.098, con fecha 8 de julio de 2010, que modifica el Manual de Normas Técnicas y reemplaza al anterior.

²² Catastro de la Propiedad-Ministerio de Bienes Nacionales (<https://www.bienesnacionales.cl>).

²³ Casarino (2006), p. 122.

²⁴ Artículos 21, 30 y 38 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

²⁵ Barcia (2010), p. 142.

²⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N.º 77227-2022, sentencia de 19 de diciembre de 2022, Corte Suprema, Rol N.º 8053-2099, sentencia de 9 de diciembre de 2009.

²⁷ Artículos 49, 50, 51, 85 y 86 del Reglamento.

²⁸ Corte Suprema, Rol N.º 6343-2013, sentencia de 26 de noviembre de 2013; Corte Suprema, Rol N.º 7790-2013, sentencia de 31 de diciembre de 2013, voto disidente.

²⁹ Corte Suprema, Rol N.º 13203-2018, sentencia de 23 de agosto de 2018.

³⁰ Artículo 82 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

³¹ Artículo 89 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

³² Artículo 728 del Código Civil.

³³ § 4 Zweck und Inhalt des Liegenschaftskatasters. Vermessungsgesetz für Baden-Württemberg.

³⁴ Lakes (2009), pp. 329 y 330.

³⁵ § 12 (Fn 3) Erhebung der Geobasisdaten des Liegenschaftskatasters. Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG NRW). Geodatos básicos del Catastro Inmobiliario.

³⁶ § 2 (Fn 2) Wahrnehmung der Aufgaben. Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG NRW. Realización de tareas de agrimensura catastral.

³⁷ § 19 (Fn 2) Feststellung von Grundstücksgrenzen. Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG NRW).

³⁸ Vermessungsgesetz für Baden-Württemberg (VermG).

³⁹ La presunción de corrección del Registro de la Propiedad se extiende también a la línea de deslinde resultante del catastro inmobiliario. BGH, 02.12.2005 – V ZR 11/05.

⁴⁰ Un propietario reclamó contra la decisión de la comunidad del edificio que le impedía construir una habitación de acuerdo al plano de partición, no obstante que su solicitud se basaba en el plano de división al que se refiere el Catastro y que no mostraba la construcción real de las dependencias N.º 3 y N.º 7 del sótano, sino el plano original. BGH, 20.11.2015 – V ZR 284/14.

⁴¹ GH, 20.07.2017 – V ZB 47/16.

⁴² La rectificación del Catastro es un acto administrativo, errores en el Catastro y autorización de los propietarios. OVG Berlin-Brandenburg, 24.11.2011 – 10 B 14.09; Rechtsprechung OVG Berlin-Brandenburg, 13.07.2017 – 10 B 2.14 y Rechtsprechung OVG Sachsen-Anhalt, 17.06.2021 – 2 L 104/19.

⁴³ BGH, 20.07.2017 – V ZB 47/16.

⁴⁴ OLG Brandeburgo, 24 de marzo de 2022 – 5 U 96/19.

⁴⁵ Sección 3, párrafo 3, GBO.

⁴⁶ § 11 (Fn 2) Zweck und Inhalt des Geobasisinformationssystems für den Bereich des Liegenschaftskatasters. N. (8). Gesetz über die Landesvermessung und das Liegenschaftskataster (Vermessungs- und Katastergesetz – VermKatG NRW).

⁴⁷ Freie und Hansestadt Hamburg Landesbetrieb Geoinformation und Vermessung (2015) über die Datenhaltung, Erhebung und Fortführung im Amtlichen Liegenschaftskatasterinformationssystem. ALKIS®. Anweisung LGV 01/2015 vom 01.07.2015, pp. 11 y 13.

⁴⁸ BGH, 20.07.2017 – V ZB 47/16.

⁴⁹ Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren. 20 dezember 1993. (BGBl. I S. 2182).

⁵⁰ Algunas sentencias pertinentes. Reclamo contra la negativa de inspeccionar el Registro en KG, 18/06/2019 – 1 S 140/19; derecho a consultar el Registro de la Propiedad BGH, 09.01.2020 – V ZB 98/19; derecho a saber el nombre del propietario en el Catastro inmobiliario en VG Würzburg, 26 de febrero de 2020 – W 6 K 19.41.

⁵¹ Información solo si tiene interés legítimo. VG Berlin, 26.02.2015 – 13 K 186.13. Liegenschaftskataster: Auskunft nur bei berechtigtem Interesse.

⁵² Representación incorrecta de las citas topográficas, correctas en el mapa de campo o terreno. BGH, 20.07.2017 – V ZB 47/16.

⁵³ PEÑAILILLO (2019), p. 790.

⁵⁴ Procedimiento catastral: Obligación de especificar un distrito catastral. KG, 20/11/2012 – 1 S 136/12.

⁵⁵ Bundesgerichtshof (BGB) (Tribunal Federal de Alemania), 14 de septiembre de 2018 (V ZR 213/17), sección 311b Párrafo 1 S 1 BGB, sección 873 Párrafo 2 BGB, sección 925 Párrafo 1 BGB.

⁵⁶ VON BORCH (1980), p. 83; BREHM y BERGER (2014), pp. 179 y 183.

⁵⁷ Fe pública del Registro de la Propiedad en el caso de una transmisión legal de una acción de copropiedad. BGH, 29/06/2007 – V ZR 5/07.

*Trabajo recibido el 25 de abril de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*

**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 13-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se aplica la doctrina ya consolidada sobre los requisitos de emplazamiento de la herencia yacente tras las STS de 9 de septiembre de 2021.

La calificación sustitutoria no puede ser entendida por el registrador sustituto como un mero trámite confirmando la calificación inicial. Debe recordarse que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar ésta no está conforme con la inicialmente efectuada. Por ello, esta calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido, por cuanto no cabe la «*reformatio in peius*». Tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General.

La intervención de la herencia yacente en este supuesto, es necesaria para ratificar el contrato privado de compraventa efectuado por la causante, en cuyo lugar se posicionan sus posibles herederos sin que pueda alegarse que, al haber salido el bien del patrimonio de la fallecida, no sea necesario calificar la forma en que se ha producido su llamamiento.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada Sentencia, este Centro Directivo

modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. —que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada, acreditada la premoriencia de la única heredera nombrada por la titular registral y desconociéndose la existencia de otros herederos, se emplaza a los ignorados herederos por edictos, después de varios intentos infructuosos de localización, por lo que el emplazamiento en este sentido es correcto, no siendo exigible conforme lo dispuesto por la Sentencia reseñada el nombramiento de un administrador judicial. Lo que no resulta es que por el Juzgado se haya comunicado al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso.

Resolución de 13-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Llíria.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

Conforme al 266 del RRC es necesario hacer constar en el RC los actos de modificación del régimen económico matrimonial antes de su acceso al Registro de la Propiedad.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Resolución de 14-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: LÍMITES EX ART. 100 RH.

Conforme al art. 100 del RH el registrador no puede entra a calificar el fondo de la resolución judicial en una partición judicial de herencia.

La repudiación de la herencia, por la que el titular del «ius delationis» manifiesta su voluntad de no adquirir la cualidad de heredero, constituye en nuestro Derecho una declaración de voluntad unilateral, no recepticia, que debe ser expresa y revestir la forma especialmente exigida. Por lo que se refiere al carácter expreso de la renuncia, no es necesario que se emplee literalmente dicho término o el de «repudiación», a modo de fórmula sacramental.

En el presente caso, de la mera literalidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Tercera, cuyo testimonio ha tenido en cuenta la registradora en su calificación resulta inequívocamente que se declara la autenticidad de la renuncia, así como su validez y plena eficacia. Frente a la objeción expresada en la calificación de la registradora, debe tenerse en cuenta que, al estimarse el recurso de apelación, no se hace sino confirmar el criterio del juez de Instancia según el cual —precisamente por entender que la renuncia válida constaba en documento auténtico que había de producir los efectos de la renuncia de herencia a que se refiere el artículo 1008 del Código Civil— no procedía condenar a los renunciantes a instrumentalizar ante el juez o ante notario dicha renuncia. Y la sentencia en apelación estima el recurso en cuanto a que debe reconocerse dicha validez y eficacia de la renuncia sin necesidad de que el fallo de instancia contuviera una declaración expresa sobre ella.

La partición efectuada por el contador en un procedimiento judicial de división de herencia (sea por sentencia recaída en un juicio verbal por falta de conformidad de los herederos; sea por decreto, protocolizado, del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas las operaciones particionales), son de aplicación las normas del artículo 100 del Reglamento Hipotecario relativas a la calificación de documentos judiciales. Cabe, por tanto, concluir que no puede la registradora entrar en el fondo de la resolución, habida cuenta de la constancia de la autenticidad de la renuncia de los referidos interesados (vid. la Resolución de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2022).

Resolución de 14-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: SERVIDUMBRE PERPETUA DE USO EXCLUSIVO DE PORCIÓN DE FINCA.

Se analiza el tratamiento que ha de darse a una servidumbre perpetua que otorga al predio dominante el uso exclusivo de una porción del predio sirviente desde el punto de vista de la posible existencia de un acto de parcelación.

En el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana —anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo— plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística —cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013—. Esta

DG ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la calificación de parcelación urbanística.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiera duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

En la normativa autonómica aplicable, la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, vigente desde el 22 de septiembre de 2022, se establecen varios preceptos que proscriben la parcelación ilegal.

En el caso del presente expediente, atendiendo al título constitutivo de la servidumbre objeto de análisis pueden destacarse las siguientes notas características de la misma: — Se constituye una servidumbre perpetua sobre parte de una finca en favor de otra colindante. — La servidumbre tiene por objeto el aprovechamiento del espacio para «solárium», paso terrestre o subterráneo (conducciones), ensanche y solaz del predio dominante. — Esta permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente. — El dueño del predio dominante podrá cerrar el espacio sobre el que se da esta servidumbre. — El dueño del predio sirviente no podrá aprovecharse de la servidumbre. Se trata por tanto de garantizar al titular del predio dominante, con carácter perpetuo, la posibilidad de uso potencialmente exclusivo y excluyente del espacio sobre el que recae la servidumbre para «solárium», paso terrestre o subterráneo, ensanche y solaz del predio dominante, con el complemento del derecho de luces y vistas.

La doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de este Centro Directivo son mayoritariamente conformes en que en nuestro derecho rige el sistema de «*numerus apertus*», es decir, que, para constituir un derecho como real no es preciso que el mismo esté tipificado legalmente, sino que basta con la voluntad de los interesados y que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho. Esta

posibilidad de «*numerus apertus*» es más palpable en materia de servidumbres, donde aparece claramente establecida en los artículos 536 y 594 del Código Civil.

Debe tenerse en cuenta además que esa facultad de aprovechamiento que se otorga al titular del predio dominante y con carácter potencialmente excluyente se concede con carácter perpetuo, lo que ciertamente presenta semejanzas con los actos jurídicos de segregación y agregación al predio dominante, y se diferencia de otros derechos reales limitados de carácter necesariamente temporal como el usufructo. Dado que este Centro Directivo carece de competencia para analizar si en el caso concreto y en la realidad material se está articulando una parcelación encubierta y en qué medida los actos que se realizan afectan a la condición de parcela mínima del predio sirviente, debe invocarse lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley de Suelo estatal que justifica la exigencia de intervención administrativa por parte del órgano urbanístico competente en orden a que sea éste el que se pronuncie sobre la sujeción a licencia, su innecesariedad o incluso su no sujeción de acuerdo a la legislación sustantiva aplicable.

Resolución de 14-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Se reitera la doctrina referente a la no inscribibilidad del auto de homologación judicial de una transacción por no ser título formal suficiente, salvo que traiga causa en un supuesto de crisis matrimonial.

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 (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él —artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). 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 (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (artículos 1809 y 1816 del Código Civil); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. Ciertamente, el auto judicial por el que se lleva a cabo la homologación del contrato de transacción no es un documento privado. Pero la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma del acuerdo entre las partes; no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada.

Sin embargo, este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 26 de julio, 18 de septiembre y 11 de octubre de 2017 y 19 de febrero y 27 de abril de 2021, entre otras) ha admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (artículo 90 del Código Civil) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial, de modo que del título presentado a inscripción resulte que la liquidación del régimen económico matrimonial provenga de un proceso de nulidad, separación o divorcio. Esta misma doctrina se reiteró en la Resolución de esta Dirección General de 20 de septiembre de 2021 citada por el recurrente, si bien en ella se resolvió no ser inscribible el título calificado, por tratarse de una transacción en un procedimiento judicial de extinción de comunidad sin conexión con una situación de crisis matrimonial.

Resolución de 14-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LÍMITE DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

Si por resolución judicial se limita el importe de los intereses ordinarios respecto del hipotecante no deudor, dicho límite ha de tenerse en cuenta al inscribir el decreto de adjudicación.

Se debate en este recurso sobre si es correcta la suspensión de la inscripción de una adjudicación y de las cancelaciones derivadas de una ejecución hipotecaria solicitadas, por la razón de haberse entregado al acreedor ejecutante por intereses ordinarios una cantidad superior a la cubierta por la responsabilidad hipotecaria por ese concepto, ya que la misma ha quedado limitada respecto de la hipotecante no deudora, por un auto judicial dictado en trámites de incidente de abusividad dentro de dicha ejecución, existiendo además acreedores posteriores titulares de anota-

ciones de embargo (anotación letra E). La registradora de la Propiedad calificante señala que el auto de fecha 4 de enero de 2021 antes citado por el que se resuelve el incidente de abusividad, limita la responsabilidad real derivada de la hipoteca por intereses ordinarios a 8.109,02 euros, que es la que debe soportar la hipotecante no deudora en cuanto garante real, y, por tanto, también respecto a la finca gravada, y el exceso al existir acreedores posteriores deberá consignarse a favor de los mismos.

Por ello, si con arreglo al citado artículo 654.3 se hubiese imputado por intereses una cantidad superior a la respectiva cobertura hipotecaria, como ocurre en este supuesto, se reducirá dicha cantidad hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, y se depositará el exceso a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, y después, si quedaré todavía remanente, a disposición del dueño de la finca si no se tratara del deudor, es decir, en este supuesto de la hipotecante de deuda ajena, sin que proceda entregar cantidad alguna adicional al acreedor en pago de la deuda.

Por ello, si con arreglo al citado artículo 654.3 se hubiese imputado por intereses una cantidad superior a la respectiva cobertura hipotecaria, como ocurre en este supuesto, se reducirá dicha cantidad hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, y se depositará el exceso a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, y después, si quedaré todavía remanente, a disposición del dueño de la finca si no se tratara del deudor, es decir, en este supuesto de la hipotecante de deuda ajena, sin que proceda entregar cantidad alguna adicional al acreedor en pago de la deuda.

Respecto de la calificación registral de los testimonios de adjudicación hipotecaria y mandamiento de cancelación de cargas, el artículo 132 de la Ley Hipotecaria señala en su número tercero que «la calificación del registrador se extenderá (...)» a comprobar «3.o Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria». Esta calificación registral no entra a valorar cómo se ha realizado la imputación de los pagos, cuestión que corresponde resolver al juez dentro del procedimiento de ejecución, atendidas las peticiones de las partes, sin que el registrador, con arreglo al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pueda entrar a calificar si ese orden de imputación es o no procedente; sino solo si en tal imputación se sobrepasan o no los límites de la respectiva cobertura hipotecaria, ya sean estos los que inicialmente constan en el Registro de la Propiedad como cifra máxima, ya resulten los mismos de la reducción que procediera de ésta como consecuencia de una resolución judicial de nulidad de cláusulas abusivas u otra asimilable.

Resolución de 15-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

No cabe la inmatriculación por título público si no se acredita por documento público la previa adquisición con más de un año de antelación al título que se inscribe.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 29 de mayo de 2014) que no supone una extralimitación competencial que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «ad hoc» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías que otros procedimientos de inmatriculación establecidos en ella, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fondos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión. No obstante, sí que debe incorporarse necesariamente certificación catastral descriptiva y gráfica en términos que se correspondan con la descripción de la finca en el título inmatriculador.

En el presente supuesto, la registradora ha inmatriculado la mitad indivisa dado que ha considerado que existen dos títulos: de adjudicación hereditaria y de donación. Pero suspende la inmatriculación de la otra mitad indivisa porque entiende que «hay título de adquisición por herencia, pero no traslativo de dicha mitad indivisa». En el presente supuesto, la finca cuya inmatriculación se pretende es descrita en el inventario con carácter ganancial por adquisición de los causantes mediante documento otorgado con fecha 20 de agosto de 1968, que ante la falta de cualificación se entiende documento privado y por tanto no fehaciente, y que por otra parte no ha sido presentado.

La cuestión planteada debe solventarse según el criterio seguido por este Centro Directivo en Resolución de 19 de noviembre de 2015. Por ello, no se puede sino confirmar la calificación, y no sólo porque ambos negocios han sido otorgados el mismo día en la misma escritura, sino también porque ambos supuestos títulos consecutivos, esto es, la liquidación del patrimonio ganancial del causante y la posterior adjudicación hereditaria a sus herederos, no son manifestación de dos sucesivas transmisiones independientes, como exige el fundamento del mecanismo de la inmatriculación por doble título traslativo, sino más bien algo más cercano a una operación jurídica única e inevitable en toda herencia en la que como presupuesto para efectuar adjudicaciones hereditarias de bienes hasta entonces gananciales es requisito la previa liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación de bienes o cuotas indivisas concretas.

Resolución de 15-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Vigo, número 1.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Puesto de manifiesto en el expediente la existencia de controversia entre los colindantes, procede denegar la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Constatado que existe una controversia entre colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de finca registrales colindante, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 15-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

PROHIBICIONES DE DISPONER: PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

Una compra presentada a Diario con anterioridad no puede verse obstaculizada por la presentación posterior de un mandamiento ordenando prohibición de disponer.

En el supuesto de este expediente el mandamiento ordenando la prohibición de disponer se ha presentado después de la escritura —que no solo tiene fecha fehaciente anterior, sino que se presenta antes— por lo que esta tiene prioridad (artículo 17 de la Ley Hipotecaria). En esto se diferencia, como señala el notario recurrente, con las Resoluciones invocadas por el registrador en la nota de calificación. Cuestión distinta hubiera sido que el mandamiento ordenando la prohibición de disponer se hubiera presentado antes que la escritura de compraventa, en cuyo caso podríamos estar ante una de las prohibiciones administrativas de interés general que —al igual que las penales, y a diferencia de las civiles— constituyen según la doctrina de esta Dirección General una excepción al 145 del Reglamento Hipotecario; en tal caso cerraría el Registro, aunque la escritura de venta fuera de fecha anterior.

Se trata de un procedimiento administrativo que no pone en entredicho la validez civil de la transmisión efectuada, pues la fecha de la escritura —y por tanto de la transmisión formalizada en ella— es anterior a la resolución administrativa de prohibición de disponer; y la presentación de la escritura también es anterior a la del mandamiento ordenando la prohibición de disponer. Y aunque aquella adolezca de defectos subsanables, ha ganado prioridad su asiento de presenta-

ción, mientras la subsanación se efectúe durante su plazo de vigencia, como así ha sucedido.

Resolución de 16-6-2023

BOE 10-7-2023

Registro de la Propiedad de Collado Villalba.

SOCIEDAD CON CIF REVOCADO: EFECTOS.

La revocación del CIF de la sociedad impide inscribir la venta otorgada por esta en favor de un tercero.

En relación con la revocación del número de identificación fiscal existe una reiterada doctrina de este Centro elaborada en base al contenido a la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, que dispone lo siguiente en su cuarto apartado, párrafo tercero, según redacción dada por el artículo 13.25 de la Ley 11/2021, de 9 de julio. El titular de un número de identificación fiscal revocado, podrá solicitar la rehabilitación de su número de identificación fiscal a la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 147.8. En particular, deberá acreditar que han desaparecido las causas que motivaron la revocación y deberá comunicar, además, quienes ostentan la titularidad del capital de la sociedad, con identificación completa de sus representantes legales, el domicilio fiscal, así como documentación que acredite cuál es la actividad económica que la sociedad va a desarrollar.

La revocación del número de identificación fiscal obedece a una razón de ser y es objeto de un procedimiento distinto del que provoca la nota marginal de cierre previsto en el artículo 119.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades. En el ámbito del Registro de la Propiedad, el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria dispone que «no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen».

La prohibición que impone la disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria antes referida es terminante: la publicación de la revocación del número de identificación fiscal «en el “Boletín Oficial del Estado” implicará la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal (...)». Queda así vedado el acceso registral a cualquier transmisión que realice una entidad con el número de identificación fiscal revocado (vid., respecto de una venta extrajudicial derivada del ejercicio de la acción hipotecaria, la Resolución de este Centro Directivo de 29 de julio de 2022).

Resolución de 16-6-2023
BOE 10-7-2023
Registro de la Propiedad de Jijona.

OBRA NUEVA: REQUISITOS.

El registrador no puede rechazar la inscripción de una obra nueva si de los documentos presentados, del historial del Registro y de la consulta de Catastro no resultan datos que fundamenten dudas de identificación de la finca.

El registrador en el ejercicio de su función calificadoradora puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral sobre todo en relación con materias urbanísticas en que debe existir la mayor colaboración y coordinación posible entre Registro y Urbanismo y entre Registro y Catastro, como resulta evidente en este caso atendiendo a la legislación existente sobre la coordinación entre todas las instituciones indicadas, a la vista del texto refundido de la Ley del Catastro y de la legislación urbanística. En definitiva, los antecedentes físico-económicos de un inmueble son datos a los que el registrador puede acceder directamente a través de la Sede Electrónica del Catastro.

Se trata de una obra nueva sobre una finca registral independiente; no se realiza modificación hipotecaria de la finca; consta inscrita la obra nueva sobre la finca colindante de forma independiente; no hay procedimiento de rectificación de cabida; aun cuando el registrador en su informe se refiere a otros documentos y exija en la nota su aportación, no se han presentado en el Registro para la calificación ninguno que verse sobre el carácter estructural de los elementos de la construcción, por lo que la calificación se ha de limitar a los documentos presentados; las dos edificaciones colindantes son independientes tanto en el Registro como en el Catastro, si bien tienen una pared que puede ser medianera o tratarse de dos paredes acodadas. En consecuencia, a la vista de la documentación presentada para la calificación, el defecto objeto de impugnación no puede confirmarse.

Resolución de 16-6-2023
BOE 10-7-2023
Registro de la Propiedad de Castrojeriz-Villadiego.

BIENES DE ENTIDADES LOCALES: COMPETENCIA Y ACTUACIÓN DEL ALCALDE.

Si constan en el acuerdo plenario plenamente determinados todos los elementos esenciales del negocio jurídico, el hecho de una eventual situación de conflicto de intereses del alcalde no le impide otorgar la escritura.

Hay que concluir que todos los elementos esenciales del negocio de segregación y permuta que se ha formalizado, y en particular, la identidad de los sujetos, de las porciones a permutar, su superficie, su ubicación y delimitación gráfica, y

su valor, constaban ya definidos en el acuerdo de la Junta Vecinal, y por tanto, en la formalización de dicha permuta en escritura pública, el señor alcalde pedáneo no adoptó ninguna decisión sobre los elementos del negocio, sino que se limitó a formalizar en documento notarial una decisión ya adoptada no por él mismo, sino por la Junta Vecinal. Por tanto, no se aprecia la existencia de conflicto de intereses a pesar de que tal persona también comparecía en nombre propio como permutante.

También ha de ser revocado el segundo defecto, relativo a que por parte del Ayuntamiento no se haya acreditado la utilidad de la permuta, ya que, como se ha reseñado más arriba, se afirma en el acuerdo de la Junta Vecinal que resulta «conveniente para esta Entidad la permuta (...) para crear parcelas más regulares para su mejor aprovechamiento», y tal afirmación resulta confirmada a la vista de la información gráfica reseñada, conforme a la cual se trata en efecto de una operación de regularización de parcelas irregulares para formar otras más regulares y de mejor aprovechamiento.

Es posible la tramitación del expediente para la rectificación de descripción de una finca que ha sido previamente objeto de una expropiación que no accedió al Registro, siempre que quede determinada georreferenciadamente la porción que no ha sido objeto de expropiación. La solución técnica que ideó el párrafo tercero artículo 47 del Reglamento, pese a su loable intención, ha generado y genera importantes inconvenientes y disfunciones en los índices registrales y en la coherencia de las bases de datos registrales. Por todo lo razonado en el apartado anterior, en el presente caso debe revocarse el defecto relativo a que para hacer constar en el Registro la descripción de la finca resto resultante de una previa segregación haya de aportarse el acta de ocupación y pago del justiprecio. Como se ha argumentado, el título calificado determina de modo georreferenciado la parte resto tras mencionar una segregación por expropiación no inscrita, y sin que para ello sea legalmente preciso georreferenciar también la parte que se dice expropiada ni inscribir formalmente tal expropiación.

Resolución de 22-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de Moralarzal.

HERENCIA: PLAZO DE ACTUACIÓN DEL CONTADOR PARTIDOR.

No es inscribible la partición realizada por un contador partididor cuyo cargo había expirado.

En primer lugar, desde el punto de vista sustantivo, los argumentos para considerar vencido el cargo de comisario albacea contador-partidor en este expediente, son concluyentes: del artículo 898 del Código Civil resulta que se entenderá aceptado el cargo por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador. La manifestación realizada en la escritura de prórroga relativa a que no ha podido precisar por falta de información de los herederos los bienes de

la herencia, y que no había sido aceptada la herencia por las herederas, implica un conocimiento tanto del fallecimiento del testador como su nombramiento con anterioridad al otorgamiento; pero es que, además, esta circunstancia se reconoce por el albacea en la escritura de prórroga de cargo, al manifestar que «por lo tanto y teniendo en cuenta el citado testamento, su plazo para el ejercicio del citado cargo se encuentra vencido». Por otra parte, no se objeta nada respecto de tal extremo en el escrito de recurso.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido determinante (Sentencia de 29 de marzo de 2001): «la prórroga judicial deberá solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período de tiempo inicial o en su caso de la primera o anteriores prórrogas. En resumen, que el período a contar se deberá iniciar a partir del momento de la petición de prórroga del albaceazgo, y esa es la data inicial para ver si ha caducado o no el plazo para ejercer las funciones de albaceazgo en su faceta de contador-partidor».

En el supuesto concreto, no existe un poder, y sin entrar en la naturaleza jurídica del albaceazgo, que excede del ámbito de este recurso, lo cierto es que el albacea o el contador-partidor no son apoderados del causante sino figuras jurídicas con funciones propias que aun con cierto carácter representativo, no son objeto del juicio de suficiencia. Por otra parte, en ninguna de las dos escrituras calificadas —de entrega de legado y de prórroga del cargo hay juicio de suficiencia notarial con la expresión de que a su juicio son suficientes las facultades representativas del albacea contador-partidor, sino un juicio simple de identidad y de capacidad para el cargo, pero advirtiendo del vencimiento del mismo.

Resolución de 22-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Iznalloz.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas expresadas por el registrador al expedir la certificación en el procedimiento del 203 LH pueden despejarse en la tramitación del expediente.

La cuestión principal del expediente consiste en determinar si la finca referida puede ser inmatriculada o si ya consta inscrita en el Registro de Iznalloz. La regla tercera del citado artículo 203.1 recoge que, tras la solicitud de certificación por parte del notario autorizante del expediente, el registrador debe emitir un juicio sobre la posible constancia como inmatriculada (parcial o totalmente) del nuevo objeto cuyo acceso a los libros del registro se solicita, o indicar si tiene dudas sobre esa posible inmatriculación previa. En caso de producirse esta coincidencia el mismo artículo 203 de la Ley Hipotecaria exige que el registrador expida certificación literal de la finca o fincas coincidentes comunicándolo inmediatamente al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones. Como ha señalado esta Dirección General (cfr. Resolución de 27 de junio de 2016), sin perjuicio de esta previsión de archivo del expedien-

te, en el caso de albergar dudas el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas (especialmente si se tratase de fincas cuya representación gráfica no estuviera inscrita), muy en particular la intervención de los afectados, al igual que prevé el precepto en el párrafo siguiente en cuanto al dominio público, todo lo cual deberá ser calificado ulteriormente por el registrador.

Por tanto, tanto de la documentación que consta en el expediente, como de las diligencias complementarias practicadas, deben entenderse despejadas las dudas razonables de la registradora sobre una eventual pretensión de reorganizar las parcelas ya inscritas por vía de la inmatriculación de otra nueva, expuestas tanto en la certificación como en la calificación emitidas.

Resolución de 26-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Arona.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001 EN LOS PODERES OTORGADOS POR UNA SOCIEDAD Y QUE NO ESTÉN INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En la reseña de un poder otorgado por una sociedad mercantil que no está inscrito en el RM es preciso hacer referencia a todas las circunstancias que garanticen su validez.

En las citadas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a expresar que el interviniente en representación de la sociedad vendedora actúa en virtud de un poder especial mediante escritura autorizada por el mismo notario, y ha omitido toda referencia a la persona concedente del poder y al título representativo que vincule a este último con la sociedad.

Resolución de 26-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

DOCUMENTOS EXTRANJEROS: EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS.

Se recuerda la necesidad de cumplir la ley española para la implementación de las resoluciones judiciales extranjeras.

Para inscribir en el Registro de la Propiedad una resolución judicial británica debe el registrador comprobar que sea de aplicación el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, y, en caso de concluir positivamente, debe ser dicha resolución judicial objeto de calificación conforme a lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario. Como indicó la Resolución citada, de 2 de marzo de 2023, sobre el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 —y previamente la Resolución de 8 de octubre de 2020 en relación con el Reglamento (CE) n.º 2201/2003—, aunque tales reglamentos establecen el modelo de reconocimiento directo, o automático, de resoluciones judiciales, por el contrario, la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras se mantiene residenciada en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo, añadía dicha Resolución, queda fuera de los instrumentos europeos y, por ende, sometida a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que, como tales, no requieren de un procedimiento de ejecución posterior «stricto sensu». Por todo ello, con la precisión de ser aplicables los instrumentos europeos, por razón de la fecha del procedimiento judicial británico, procedería confirmar la negativa a la inscripción por el registrador.

Resolución de 26-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

DERECHO DE VUELO: REQUISITOS

Se analiza la naturaleza, efectos y requisitos de inscripción del derecho de vuelo.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Debe tenerse en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho de carácter siempre urbano que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el derecho de superficie. Su origen es una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de

propiedad horizontal. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario, se trataría de una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por su reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo.

En una primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que es éste un derecho perpetuo. Si el edificio no estaba constituido en régimen de propiedad horizontal, deberá constituirse. Si lo estaba, se fijarán las nuevas cuotas por unanimidad al ser una modificación del título constitutivo, aunque este Centro Directivo ha permitido la cláusula estatutaria por la que el propietario, antes de la enajenación de los diferentes pisos o locales, se reservase el derecho a elevar plantas en un tiempo determinado, expresando que las cuotas serían proporcionales a su extensión y fijadas por el titular del derecho en su día, pudiendo alterar las de las demás.

En el presente caso consta inscrito que «el vuelo del edificio no es elemento común, pues forma parte integrante de la finca número tres, cuyo titular podrá realizar en él las edificaciones que tenga por conveniente siempre que no perjudiquen la seguridad del edificio y obtengan las oportunas autorizaciones y licencias, sin que sea necesario el consentimiento de los demás propietarios»; y figura asimismo el derecho vuelo en la descripción del referido elemento tres, registral 17.531 (ulteriormente objeto de subdivisión horizontal), como parte integrante del mismo.

Resulta indudable, por tanto, que el derecho de vuelo atribuido a la finca 17.531, tal y como fue configurado e inscrito, no cumple con los requisitos impuestos para su acceso registral tanto por el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, vigente al tiempo de su constitución, como por el principio de especialidad registral, en los términos delimitados por la doctrina de este Centro Directivo. Por las consideraciones expuestas, en el presente caso, y en contra de lo sostenido por el registrador en su calificación, no puede exigirse la previa desafección del derecho de vuelo en tanto elemento común por naturaleza conforme al artículo 396 del Código Civil.

Por el contrario, la regla de salvaguarda judicial de los asientos registrales no podrá aplicarse a los elementos conformadores del derecho de vuelo constituido que, aun debiendo determinarse, no quedaron delimitados en su día, y que, en consecuencia, no figuran ni en la descripción de la finca correspondiente ni en los estatutos de la comunidad de propietarios, los cuales, al amparo de lo previsto por el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, forman un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Por ello, en la medida en que los elementos esenciales configuradores del derecho real de vuelo, tales como el plazo para su ejercicio, o los criterios de fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes de la propiedad horizontal, no resultaron previamente determinados en el título constitutivo ni por tanto, inscritos, será necesario que el ejercicio de tal derecho cuente con la conformidad de los propietarios que integran la comunidad.

Resolución de 27-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 3.

HIPOTECA: GARANTÍA DE LOS INTERESES

Dado el carácter accesorio de la hipoteca, no podrán garantizarse intereses por encima de los que puedan devengarse obligacionalmente.

Esta Dirección General en alguna ocasión ya manifestó que el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (cfr. artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria), de modo que no cabe que la cobertura hipotecaria por interés tras la novación quede definida por referencia a un tipo de interés distinto del estipulado.

En realidad, los intereses ordinarios y moratorios pactados sólo vinculan su determinación a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriidad de la hipoteca, ésta en ningún caso podrán garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional, pero por lo demás los contratantes son libres de garantizar los intereses de manera plena o parcial o no garantizarlos y ello, independientemente en cuanto a ambos tipos de interés.

En el caso que nos ocupa, se pasa de un tipo variable a uno fijo, manteniendo la cantidad fijaalzada por responsabilidad hipotecaria. En principio, al ser una cantidad alzada, no necesariamente debe ser modificada en la novación, salvo que al mantenerse la cifra de responsabilidad hipotecaria, se infrinja el límite máximo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, trasunto del 114 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 27-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 1.

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA.

Se reitera la doctrina sobre las sentencias dictadas en rebeldía, aunque en el caso concreto, a la vista de la diligencia aclaratoria, no cabe sino admitir la inscripción.

La rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía constituye una vía de tutela excepcional que se concede a aquellos demandados declarados en rebeldía que se encuentran en esta situación por una causa que les es involuntaria teniendo por finalidad el reabrir de nuevo la causa con la plena participación del demandado rebelde. Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, aun cuando conste acreditada en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser

firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión.

Respecto a la alegación de la recurrente en relación con la inoperatividad de la sociedad demandada, como afirma el registrador en su informe, no consta en la legislación mercantil un concepto de qué se entiende por sociedad mercantil inoperante. Del Registro Mercantil se deduce que la sociedad contra la que se ha seguido el procedimiento se encuentra disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos. Sin embargo, no consta que se encuentre liquidada. Del Registro de la Propiedad, sí resulta una inscripción de dominio vigente a su favor.

Resolución de 27-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 5.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para rectificar un error de concepto es necesario que presten su consentimiento los titulares registrales afectados o que se dicte una sentencia en un procedimiento dirigido contra ellos.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso el registrador ha expresado con claridad los defectos y ha fundado aquellos en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica. La motivación ha sido suficientemente expresiva de la razón que justifica su negativa a la inscripción, de modo que el recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de impugnación.

El error de concepto que el recurrente considera producido en el Registro de la Propiedad, deriva en el caso que nos ocupa de inscripciones practicadas hace años por un registrador anterior al actual que califica. Se pretende su rectificación por el registrador titular actual, en virtud de instancia en base a una sentencia dictada en un proceso contencioso-administrativo que, como señala acertadamente el registrador que realiza la calificación recurrida, no contiene ningún mandamiento directo dirigido al registrador de la Propiedad, sino que se limita a ordenar a la Administración que «adopte todas las medidas correspondientes para restablecer la situación registral, catastral y jurídica del recurrente», pero sin que el Ayuntamiento haya presentado rectificación alguna del proyecto de compensación inscrito.

Para la rectificación por error de concepto, se requiere el consentimiento de los interesados o resolución judicial conforme a los artículos 40.c) y 217 de la Ley Hipotecaria, salvo que el error resulte directamente del asiento, todo ello sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la rectificación del error de concepto en

la forma y por los cauces de los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 314 a 329 del Reglamento Hipotecario (vid., en este sentido, la Resolución de este Centro Directivo de 4 de septiembre de 2018).

Indirectamente se pretende por el recurrente, a través de la documentación presentada, que el registrador realice una nueva calificación del asiento que se pretende rectificar, lo cual, como se ha señalado, solo es facultad de los tribunales al estar bajo su salvaguardia. El recurso debe limitarse a rebatir los defectos señalados en la nota, sin que sea dado al recurrente introducir nuevas cuestiones (artículo 322 de la Ley Hipotecaria) y, al propio tiempo, impide al registrador introducir defectos nuevos en el informe elevado a este Centro Directivo (vid., en este sentido, la Resolución de este Centro Directivo de 9 de julio de 2013), lo que no implica que no pueda introducir argumentos apoyando o aclarando lo dispuesto en la calificación, ya que el informe es un trámite en que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, tal como señalan las Resoluciones de esta Dirección General de 29 de febrero de 2012, 14 de julio de 2017 y 26 de octubre de 2018.

Resolución 28-6-2023

BOE 14-7-2023

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.
REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN DE SU CUMPLIMIENTO.**

Para inscribir una sentencia judicial que atribuye la propiedad al demandante sobre un departamento privativo es necesario que dicho departamento conste inscrito en folio independiente en la propiedad horizontal y que su titular registral haya sido demandado.

El primero de los defectos que recoge la nota de calificación recurrida es que la finca sobre la que la sentencia declara el dominio —apartamento sito en edificio construido sobre parte de la finca registral 78.100 bis—, no consta inscrita en el Registro como finca independiente. El principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 20 de la Ley Hipotecaria debe entenderse extensible también a tales extremos y, por tanto, este defecto debe ser confirmado.

El mismo principio registral fundamental es el que afecta al segundo de los defectos que invoca el registrador en su nota de calificación. Al tiempo de presentarse la sentencia en el Registro, la finca registral 78.100 bis consta inscrita a nombre de doña N. K., que no ha sido demandada ni ha intervenido en el procedimiento. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

El último defecto recurrido es el relativo a la necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos fiscales en relación con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Sin entrar a valorar si se trata o no de un acto sujeto —decisión que corresponde exclusivamente a las autoridades fiscales—, incluso podría el registrador haberse limitado a denegar la calificación del documento hasta tanto se cumplimentasen los correspondientes requisitos fiscales, dado que las consecuencias de la falta de acreditación de las obligaciones correspondientes a este impuesto son las mismas señaladas clásicamente en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, es decir el cierre registral y, en su caso, la suspensión de la calificación.

Resolución 20-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para que el pacto de atribución de privatividad a un bien sea inscribible es necesario que exprese la causa onerosa o gratuita.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera.—Justificar indubitablemente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre

con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda.—Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera.—Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo del bien comprado por el esposo, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicho bien —mediante aplicación directa del principio de subrogación real— por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Pero nada se expresa sobre la causa onerosa o gratuita de dicho negocio. Por ello, la calificación debe ser confirmada.

Resolución de 20-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

El convenio regulador aprobado judicialmente es título inscribible excepto que esté referido a transacciones de bienes adquiridos por los ex cónyuges antes de contraer matrimonio que no estén afectos a cargas matrimoniales.

Como cuestión previa, debe recordarse que, según tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Por lo que se refiere al fondo del asunto debatido, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial (sentencia de separación, en este caso), ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus

justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Fuera de tales supuestos, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. La diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (vid. «Vistos»), deben resolverse en favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Resolución de 21-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Adra.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas sobre la identidad de la finca debidamente fundadas en los informes aportados por los colindantes, no cabe inscribir la base gráfica.

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 a 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. Este método, por tanto, sólo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso —inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso —o defecto— de cabida declarado.

El 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 coincide en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante coherente con la descripción resultante del historial registral sustentada en documentación contradictoria, por lo que es reveladora de la existencia de un conflicto latente en la delimitación de las parcelas catastrales. Resulta destacable que la oposición de dos de los colindantes se fundamenta en informe técnico y planos de medición contradictorios con la representación gráfica que se pretende inscribir. Ello pone de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas.

Resolución de 21-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

TITULAR REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

Si el notario al hacer la identificación de los intervinientes identifica claramente a la persona que comparece como la que figura en la inscripción registral, debe prevalecer este juicio sobre las eventuales discrepancias en el número de identificación que aparece en el Registro, que antes era el NIE y ahora el NIF.

En nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (artículo 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincide con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cfr. artículos 9.4.a y 18 de la Ley Hipotecaria, y 51.9.a del Reglamento Hipotecario).

Al «dar fe de conocimiento» o «dar fe de la identidad» de los otorgantes (cfr., respectivamente, artículos 23 y 17 bis de la Ley del Notariado), el notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho sino que emite un juicio de identidad, consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el notario (es decir, por llegar a tener la convicción racional de que es la persona que dice ser y por tal es tenido en la vida ordinaria, de suerte que se trata de un juicio de notoriedad sobre su identidad), o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos («comparatio personarum»; así resulta especialmente en algunos supuestos en que el notario se asegure

de la identidad de las partes mediante la verificación subjetiva que comporta un juicio de comparación de la persona del compareciente con los datos, fotografía y firma que figuran en el documento que sirve para su identificación —cfr. apartados «c» y «d» del artículo 23 de la Ley del Notariado—.

Cuestión distinta es que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral pueda ser calificada por el registrador como defecto que impida la inscripción, habida cuenta de los trascendentales efectos que la ley atribuye a la inscripción (cfr. artículos 20, 32, 34 y 38, entre otros, de la Ley Hipotecaria), y la legitimación registral dispositiva atribuida sobre el derecho inscrito en favor de su titular registral.

En el presente caso, el notario autorizante no sólo ha dado fe de identificar a la señora otorgante, sino que la identifica —bajo su responsabilidad— como la misma persona que formalizó el préstamo mediante la escritura que se reseña, coincidente con la que figura en los asientos registrales (teniendo en cuenta, al hacerlo, determinadas circunstancias determinantes de su debida identificación, como son las que resultan de su documento nacional de identidad y las relativas a su esposo también compareciente) y ha emitido no sólo un juicio de identidad de dicha señora sino también un juicio sobre su legitimación como prestataria para formalizar la subrogación de acreedor de que se trata. Y sobre tales juicios no puede prevalecer la afirmación de la registradora según la cual «no resulta acreditada la identidad de la titular registral y la compareciente».

Resolución de 21-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

No resulta admisible como medio de acreditación de la antigüedad una certificación catastral que no coincide ni con la parcela (art. 45 TRLC), ni con los metros construidos.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto, que, en el presente caso, al contrario de lo que afirma el recurrente, del acta resulta que se ha optado por la constancia de la finalización de la obra por «antigüedad» y que no se trata de una declaración de obra nueva «por vía ordinaria», ya que únicamente se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica para acreditar la antigüedad de la obra y se alude a que no consta en el Registro de la Propiedad la existencia de ningún expediente de disciplina urbanística.

Entrando en el fondo de las dos primeras cuestiones planteadas, debe traerse a colación la doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 10 de marzo de 2012, reiterada entre otras por la de 31 de marzo de 2022), en el sentido de entender que la acreditación de la antigüedad de la obra a través de la certificación catastral se despliega en un doble aspecto: en relación con la construcción que se declara y en relación con la parcela sobre la que ésta se asienta. En relación con la parcela sobre la que se asienta la edificación, es necesario realizar una previa

operación de correspondencia de la referencia catastral con la finca registral, que se regula en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

En el presente caso, aunque el notario recurrente no albergue dudas sobre la correspondencia de la finca basadas en el notorio conocimiento de la existencia de un centro escolar en esa calle, a tenor del indicado precepto no puede entenderse que haya identidad entre la finca registral y la parcela catastral, pues existe una diferencia de superficie muy superior al 10% y tampoco se ha acreditado el cambio de número de la calle.

Tampoco coincide la descripción que contiene la certificación (3.806 metros cuadrados construidos) con la que aparece en el título y en la inscripción (2.599,76 metros cuadrados). Ni siquiera con los metros que en los antecedentes de Catastro aparecen como construidos en el año 1993 (3.321 metros cuadrados). Por ello, aunque la diferencia de metros pueda deberse a que se hayan producido ampliaciones posteriores en plantas elevadas como sostiene el recurrente, lo cierto es que no resulta indubitadamente de la certificación catastral que los metros que aparecen como construidos en la certificación catastral se refieran a los que figuran en el Registro.

El tercero de los defectos señalados por la registradora se refiere a la discrepancia entre las coordenadas de referenciación de la «huella de la edificación» y la descripción literaria de la obra nueva según el Registro y el título, por lo que no puede determinarse la ubicación gráfica concreta de metros cuadrados ocupados por las edificaciones. En el supuesto de este expediente, no consta en el Registro la superficie de la parcela ocupada por la edificación, si bien el notario autorizante se remite en cuanto a las coordenadas georreferenciadas a las que resulten de la certificación catastral, aclarando que la superficie de ocupación de la parcela corresponde con las dos construcciones de la planta baja, es decir, 1.067 metros para edificación destinada a enseñanza, y otros 610 metros para construcción destinada a uso deportivo. Sin embargo, tal y como ha quedado expuesto en el anterior fundamento de Derecho, al no poder entender que existe correspondencia entre la finca registral y la certificación catastral incorporada, tampoco pueden extraerse de la misma sus coordenadas georreferenciadas.

Resolución de 21-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Llerena.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DOMINIO PÚBLICO.

No puede inscribirse la base gráfica de una finca si consta la oposición de la Confederación Hidrográfica por entender que se invade el dominio público.

Aunque la alegación de la Confederación Hidrográfica del Guadiana haya llegado fuera de plazo, pero durante la vigencia del asiento de presentación, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 30 de marzo de 2023, respecto a las alegaciones presentadas dentro del plazo de 20 días, pues siendo el objetivo del expediente adecuar la descripción registral

a la realidad física, evitando la invasión de fincas inmatriculadas o del dominio público, el registrador, aun siendo extemporáneas, ha de analizar las alegaciones presentadas por quien se opone, por si pudieran ser fundamentales para fundar su decisión sobre eventuales dudas en la identidad de la finca. Recuerda el Centro Directivo su doctrina de que, aun no habiéndose opuesto ningún colindante, puede el registrador rechazar la inscripción de la representación gráfica aportada por el promotor del expediente. Además, estamos ante un expediente de jurisdicción voluntaria, donde no hay fase de

Siendo el dominio público imprescriptible e inalienable, no puede ser objeto de titularidad privada, y ello, aunque la Administración no tenga su título inscrito, a pesar de ser la inscripción obligatoria (artículo 36 de la Ley 33/2003), por aplicación del principio de protección registral del dominio público que inspira la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El hecho de que el dominio público no esté deslindado, o no esté inscrito el deslinde, no es circunstancia que determine como consecuencia que pueda inscribirse la georeferenciación que pueda invadirlo, más al contrario, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria impone una calificación denegatoria.

El registrador suspende y no deniega la inscripción al entender que cabe subsanar el defecto, atendida la alegación realizada por el organismo de cuenca, acreditando la no invasión del dominio público mediante el preceptivo informe de la Comisaría del Agua del organismo de cuenca sobre la invasión o no del dominio público. Por ello en el presente caso la nota de suspensión del registrador se considera ajustada a Derecho, puesto que, dadas las posibles dudas sobre la posible invasión de un cauce de dominio público, no se puede inscribir, o denegar la inscripción, mientras no se aporte el preceptivo informe citado sobre invasión o no del dominio público.

Resolución de 28-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Eibar.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRASMITENTE EN UN CASO DE CESIÓN A CAMBIO DE ALIMENTOS.

Hay que atender a los estrictos términos del pacto de resolución para determinar si es o no necesario acudir a un procedimiento judicial para acreditar el cumplimiento de la obligación.

Este Centro Directivo ha admitido, ya en Resoluciones de 16 de octubre de 1989 y 26 de abril de 1991, que, en caso de transmisión de bienes a cambio de alimentos, el cumplimiento de la obligación del alimentante se garantice mediante condición resolutoria explícita análoga a la referida en los artículos 1504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria. El artículo 1797 del Código Civil, después de su modificación por la Ley 41/2003, dispone que «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».

Los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes: a) debe aportarse el título del vendedor (cfr. artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; b) la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995), y, c) el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6.a del Reglamento Hipotecario).

Indudablemente, no puede desconocerse que los contratos como el documentado en el título objeto de la calificación impugnada tienen unas características propias de las que pueden derivarse algunas modalidades o especialidades, justificadas por el hecho de ser normalmente el cedente-alimentista la persona más necesitada de protección (generalmente de avanzada edad, con discapacidad o dependencia —vid. el apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003—).

En el presente caso, la registradora se opone a la inscripción de la resolución de la transmisión porque considera que, al no haberse pactado expresamente el procedimiento que debe seguirse para dicha resolución por incumplimiento, no es suficiente el requerimiento notarial practicado sino que es necesario que preste su consentimiento el cesionario o la correspondiente resolución judicial dictada en procedimiento en que el titular registral haya sido parte. Frente a esta objeción, debe tenerse en cuenta que no hay norma alguna que exija el pacto explícito sobre el procedimiento de resolución. Admitida la aplicación de este precepto legal y practicado el requerimiento judicial o notarial no puede exigirse el consentimiento del alimentista.

En el supuesto del presente recurso es determinante la concreta redacción del pacto de condición resolutoria explícita: «El incumplimiento de sus obligaciones por parte de cualquiera de los cesionarios actuará como condición resolutoria de la transmisión. Si los cedentes no hubiesen interpuesto en vida demanda de resolución, se considerarán cumplidas aquellas condiciones y extinguida la condición resolutoria (...)». Por aplicación del primer inciso de esta cláusula, no cabría exigir el consentimiento de la cesionaria o la correspondiente resolución judicial sino aplicar análogicamente el citado artículo 59 del Reglamento Hipotecario, por lo que, según la doctrina de este Centro Directivo antes referida, habría que admitir

la inscripción de la resolución, toda vez que se ha practicado un requerimiento notarial por el que se ha comunicado de forma fehaciente la decisión de los cedentes de resolver la cesión; la notificación ha sido realizada personalmente, de manera que la requerida ha comparecido en la notaría para darse por notificada y enterada de la resolución; no ha existido oposición de la cesionaria a quien se imputa el incumplimiento. Lo que ocurre es que, según el segundo inciso de la misma cláusula, interpretado a «sensu contrario» se infiere que en caso de incumplimiento habría de interponerse la correspondiente demanda de resolución, sin que sea suficiente el requerimiento notarial. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Resolución de 29-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: PARTICIÓN DE HERENCIA DEL CÓNYUGE TITULAR.

Es precisa la intervención de los legitimarios del confesante para confirmar el carácter privativo del bien en la partición de la herencia del cónyuge titular.

Debe decidirse en este expediente si para la adjudicación de herencia de un bien inscrito con carácter privativo, por confesión que respecto de una mitad indivisa había realizado el cónyuge de la causante, es necesaria, una vez fallecido el confesante, la intervención de la hija legitimaria de éste.

En el presente caso no se trata de un acto de enajenación del bien inscrito con carácter privativo, sino de la adjudicación del mismo por herencia del cónyuge favorecido por la confesión. Pero, como ya entendió este Centro Directivo en Resolución de 13 de junio de 2003, para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, no es suficiente la confesión de un consorte sobre el carácter de la adquisición, pues ésta opera entre cónyuges (artículo 1324 del Código Civil), pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios. En congruencia con ello, disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos de disposición necesitarían el consentimiento o intervención de los legitimarios y a la hora de liquidarla también ésta es preceptiva para la ratificación del carácter privativo en la confección del inventario, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima.

Resolución de 29-6-2023

BOE 17-7-2023

Registro de la Propiedad de Tías.

PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL: APODERAMIENTO AL ACREEDOR PARA LA VENTA.

No constando inscrito el pacto de apoderamiento al acreedor para la venta extrajudicial, será necesario que esta sea otorgada por el titular registral del inmueble.

En primer lugar, debe este Centro Directivo recordar el carácter constitutivo que reviste la inscripción del pacto de ejecución extrajudicial hipotecaria. Efectivamente, como ya apuntara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2019, la inscripción registral de dicha estipulación es requisito imprescindible para su efectividad y vigencia, sin poder acudir a dicho procedimiento ejecutivo en ausencia de dicho pacto y su preceptiva inscripción.

Efectivamente el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, junto con el artículo 234 del Reglamento Hipotecario, dan carta de naturaleza al procedimiento de ejecución extrajudicial, determinando la necesidad del pacto del mismo de manera separada de las restantes estipulaciones de la escritura. A su vez, establece en el apartado tercero de punto primero de dicho artículo 234, la designación de «la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante», designación que podrá recaer en el «propio acreedor». Por tanto, pactado el procedimiento de ejecución extrajudicial sin que en el título constitutivo de la hipoteca se haya realizado apoderamiento alguno, deberá ser el propio deudor hipotecante, titular del bien, quien otorgue el correspondiente título traslativo, sin poder entenderse implícita delegación alguna de dicha facultad. Voluntad que tan sólo podrá ser suplida por la autoridad judicial en el oportuno procedimiento y sin que lo pueda suplir un juicio erróneo de suficiencia por el notario.

Resolución de 3-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro la Propiedad de Baza.

URBANISMO: CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES EN CASOS DE ANULACIÓN DE UNA REPARCELACIÓN.

Se hace un repaso de la posición de los titulares registrales que no han intervenido en el proceso en el que se declara la nulidad de una reparcelación y el necesario pronunciamiento del juez de lo contencioso encargado de la ejecución sobre si existe o no indefensión.

La vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, proclama, en el artículo 103.1 que «la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de éste orden jurisdiccional». Tal planteamiento constituye una clara consecuencia del mandato, más genérico, pero de superior rango, contenido en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978.

Como no podía ser de otra forma, esta doctrina ha sido asumida por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), señalando que el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no esta el fondo de la resolución, pero

sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

En el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el artículo 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa considera como parte demandada a «las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante». Es obligatorio emplazar a estas personas, para darles la oportunidad de comparecer en el proceso en defensa de la actuación administrativa impugnada, más su comparecencia en el proceso es meramente potestativa para ellas. Consecuentemente, en el proceso contencioso-administrativo, a diferencia del proceso civil, la condición de codemandado, esto es la determinación de los que deben ser llamados al proceso desde la perspectiva de la legitimación pasiva, no deriva de la voluntad del recurrente-demandante, dado que este sólo viene obligado en su escrito de interposición a identificar la actividad administrativa que es objeto de impugnación, por lo que corresponde a la Administración y, de forma subsidiaria, al propio órgano jurisdiccional, la obligación de traer al proceso, mediante el correspondiente emplazamiento, a todos aquellos que puedan aparecer como interesados. La legitimación para intervenir en el proceso de ejecución de sentencias, alcanza un tratamiento específico en el ámbito urbanístico, dada la admisibilidad de la «acción pública», reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo —cfr. Sentencia de 7 de junio de 2005, Sala Tercera—.

En particular, para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional, y pueda dar lugar al otorgamiento del amparo, es necesaria la concurrencia de tres requisitos, cuya exigibilidad ha sido admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a) en primer lugar, es preciso que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afección en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. b) en segundo lugar, es necesario que el demandante de amparo fuese identificable por el órgano jurisdiccional. c) y, por último, debe haberse causado al recurrente una situación de indefensión material, sin que pueda apreciarse la misma cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia pasividad o falta de diligencia, no se personó en el proceso pudiendo hacerlo.

Atendiendo a esta jurisprudencia, cabe sostener que, en el ámbito contencioso administrativo, tratándose de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, no existe ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada. Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda puede ser el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 65.1.f) del texto refundido de la Ley de Suelo. No parece posible desconocer la legitimación del titular inscrito, adquirente posterior a la sentencia anulatoria, para poder intervenir en los trámites de ejecución de la sentencia

anulatoria que, aunque tenga por objeto el restablecimiento de la legalidad administrativa, van a materializarse en la privación de su derecho de propiedad y la cancelación de su inscripción.

Debe traerse a colación lo resuelto por la Sala de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de abril de 2013. En primer lugar, señala que «será el órgano jurisdiccional el que, atendiendo a la existencia de acreditados terceros registrales, decidirá lo procedente en cada caso concreto, pues, no resulta de recibo pretender aislar o blindar jurídicamente, en todo caso, la institución registral —con su obligada y necesaria protección de los terceros registrales de buena fe— frente a la potencialidad jurídica de una resolución judicial fruto de un procedimiento contradictorio que ha decidido sobre los derechos de los particulares y sobre la legalidad de la actuación administrativa. Será, pues, el órgano jurisdiccional el que valorará la concreta situación de terceros cuyos derechos garantiza el Registro, y decidirá, motivadamente, sobre los efectos que en el ámbito registral ha de producir la decisión jurisdiccional en trance de ejecución. Decisión de la que, por supuesto, será único responsable el órgano judicial». En segundo lugar que, «tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictada la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción». En tercer lugar que, «será, pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria; pero, lo que no es aceptable en el marco constitucional y legal antes descrito, es que —insistimos, en un supuesto de ejecución judicial como en el que nos encontramos— la simple oposición registral —con remisión a los distintos mecanismos de impugnación de la calificación—, se conviertan automáticamente en una causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia.

Coherentemente con esta doctrina, tratándose de mandamientos judiciales dictados en el ámbito del proceso contencioso administrativo, este Centro Directivo ha señalado — cfr. Resolución de 20 de abril de 2021— que, ante la ausencia de la anotación preventiva del recurso, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (cfr. artículo 82 de la Ley Hipotecaria), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha reconocido la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia citada de 16 de abril de 2013.

La problemática derivada de la anulación judicial de un proyecto de reparcelación inscrito en presencia de terceros adquirentes posteriores ha suscitado diversas cuestiones como la procedencia de cancelar las inscripciones de esos titulares que no fueron parte en el proceso declarativo o la forma material de restaurar la situación originaria en cuanto a la titularidad y cargas inscritas sobre las fincas de resultado. De modo que las cuestiones que en la interpretación de tales normas puedan suscitarse corresponde únicamente al juez de la ejecución y que, tratándose de la ejecución de una sentencia anulatoria de un proyecto de reparcelación inscrito cabe la pretensión de ejecución mediante la cancelación de las inscripciones registrales causadas por el proyecto de reparcelación anulado una vez clarificada la situación registral y la posibilidad de intervención de los titulares registrales en el proceso, lo que requerirá un pronunciamiento específico del juez competente encargado de la ejecución en los términos prescritos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia citada de 16 de abril de 2013.

En el presente caso no resulta de la documentación judicial aportada que el titular registral haya tenido participación en el proceso de ejecución. No se cuestiona, por tanto, ni la competencia judicial ni el mandato de ejecutar la sentencia, pues únicamente se plantea el cumplimiento de requisitos legales en garantía de derechos de los titulares inscritos, que no son impeditivos de aquella, siendo además pronunciamientos ajenos al principio de inmutabilidad de lo acordado en sentencia firme. Por lo que atendiendo a los anteriores fundamentos debe confirmarse el defecto en el sentido de la necesidad de complementar la documentación judicial aportada en la forma que considere el juez de la ejecución de modo que aclare que, a su juicio y de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Superior, el concreto titular registral ha tenido posibilidad de participar en el proceso para así cumplir con el precepto legal que obliga al registrador a calificar si los titulares de derechos inscritos han tenido adecuada intervención en el procedimiento del que deriva la cancelación de sus derechos inscritos (artículos 20 y 80 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 3-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Cieza, número 3.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe fundamentar la oposición a inscribir una base gráfica en las alegaciones de colindantes consistentes en meras manifestaciones sobre el uso de un camino.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las

alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente expediente, de los datos y documentos que obran en el mismo, resulta que las oposiciones formuladas se refieren de manera exclusiva un camino perfectamente delimitado, limitándose las oposiciones presentadas a alegar la «utilización del mismo por todos los vecinos», sin manifestación alguna respecto de su titularidad. Resulta también relevante que en la propia tramitación del expediente fue debidamente notificado el Ayuntamiento de Abarán en fecha 12 de diciembre de 2022, sin que haya formulado oposición a la incorporación de la base catastral pretendida. Por tanto, el presente recurso debe ser estimado ya que la registradora recurrida fundamenta su calificación en unas simples manifestaciones relativas a la utilización del camino.

Resolución de 3-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Baza.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir una base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Respecto a la decisión del registrador de no iniciar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por haberse tramitado ya anteriormente otro sobre la misma finca y con la misma documentación, debemos recordar la doctrina de esta Dirección General, en Resoluciones como la de 10 de noviembre de 2022, tramitado en su día expediente del artículo 199 y emitida calificación negativa de la base gráfica de una finca por el registrador competente, por haberse presentado alegaciones por un colindante, puede el registrador titular actual negarse a tramitar un nuevo expediente si la documentación ahora aportada es la misma que se aportó en su día.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria)». El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la ins-

cripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Ello determina, como consecuencia necesaria en el presente expediente, la confirmación de la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas colindantes no inmatriculadas, sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 3-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Águilas.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH PARA DESPEJAR LAS DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el proceso de inmatriculación del 205, en caso de dudas sobre la identidad de la finca, ha de acudir al procedimiento del art. 199.

La inscripción de la georreferenciación para alcanzar la coordinación con el Catastro se regula como procedimiento distinto del de la inmatriculación de la finca por la vía del doble título traslativo del artículo 205. No sólo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199.

La actuación registral en el presente caso ha estado guiada por el más estricto cumplimiento del principio de seguridad jurídica, pues teniendo el registrador dudas sobre la identidad de la finca, ha tratado de disiparlas para evitar una doble inmatriculación, la cual sí atenta contra el principio de seguridad jurídica, mediante la tramitación de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, actuación que esta Dirección General ha declarado ajustada a Derecho, como hemos visto. Pero, además, como declaró la Resolución de 5 de febrero de 2021, en su fundamento de Derecho quinto: «No altera esta conclusión el hecho alegado por la recurrente de que se hubieran solicitado y expedido previamente notas simples expresivas del dato, cierto y no erróneo, de que examinados los índices del Registro, a favor de los transmitentes no se encontraba inscrita ninguna finca con la concreta descripción solicitada. Y ello porque la nota simple sólo afirma o niega lo que afirma o niega, y aun en la hipótesis de que contuviera afirmaciones o negaciones erróneas, que no es el caso, nunca podría prevalecer sobre el contenido efectivo de los libros registrales».

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr.

artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación; el juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

En el presente caso, es claro que la finca registral de quien formula oposición no tiene previamente inscrita su georreferenciación, y, por tanto, no cabe aplicar aquí el inciso del artículo 199 relativo a 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». Pero, sí le impediría inscribir, en su día y por la vía del expediente del artículo 199, su propia georreferenciación alternativa, porque solaparía con la georreferenciación de la finca objeto del presente expediente, si se permitiera su inmatriculación, existiendo un indicio previo de conflicto o controversia en la delimitación del lindero, que es el que debe llevar a la denegación de la inscripción de la georreferenciación catastral aportada, mientras no desaparezca tal indicio de conflicto latente entre colindantes.

Resolución de 3-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Hellín.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reiteran los requisitos para la rectificación de los asientos registrales.

Uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículos 8.1.o y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción, siendo uno de los elementos fundamentales para ello la expresión de los linderos conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1.a y 51, reglas segunda y tercera, del Reglamento Hipotecario. Tratándose del supuesto de formación de finca por segregación y correlativa determinación del resto, aun cuando esta se haya producido hace tiempo, resulta todavía más necesario evitar cualquier tipo de discordancia en las descripciones y por ello, aunque la descripción se refiera a la finca que se forma por segregación, que es el objeto del derecho real correspondiente, no puede dar lugar esa descripción a una discordancia con la descripción que se efectúe en la finca resto, máxime cuando esta discrepancia se refiere a la ubicación catastral de las fincas registrales, elemento de suma importancia para la delimitación física y descriptiva de estas.

En el supuesto objeto de recurso, se solicita una rectificación de linderos de una finca perteneciente a distinto dueño por un interesado titular de una finca colindante, siendo de aplicación los artículos 328 y 329 del Reglamento Hipotecario. En ocasiones, este Centro Directivo ha aceptado una simplificación de los requisitos para la rectificación, pero siempre en casos excepcionales y sobre la base de documentos públicos, fehacientes y auténticos que, por su naturaleza, sean independientes de la voluntad de las partes, y, además, si de los mismos resulta

evidente el error cometido. Bien es cierto que tratándose de una rectificación que afecta a finca ajena, es indispensable la intervención de su titular.

Por último, se invoca en la nota el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sin que se justifique su aplicación a lo solicitado en la instancia ni se justifique por lo dispuesto en el artículo 198.1. Este procedimiento podría iniciarlo el interesado sobre su propia finca registral de forma que podría obtener la inscripción de la base gráfica de su finca siempre que no haya oposición fundada de alguno de los linderos, esto es entre otros, el titular de la finca colindante, debiendo en este caso decidir el Registrador sobre el alcance de su oposición, caso de producirse.

La calificación es totalmente insuficiente en los términos en que se ha emitido por lo que debe revocarse, sin que ello implique la inmediata inscripción de la rectificación, (cfr. Resoluciones de 1 de marzo y 9 de octubre de 2019); de manera que esto no obsta a que se pueda poner una nueva nota de calificación en los términos que resultan de esta Resolución.

Resolución de 4-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO PREVIO.

Para practicar la inscripción de un título es necesario que previamente se inscriba el título del disponente, aunque sea en formato de tracto abreviado.

Respecto de las alegaciones de los recurrentes relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso no cabe concluir que el registrador haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no puede ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (cfr. Resolución de 22 de noviembre de 2021).

Como ha manifestado esta Dirección General (vid., por todas, las Resoluciones de 5 de febrero y 14 de septiembre de 2018), el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte. En el concreto supuesto de este ex-

pediente, para inscribir la escritura presentada, es preciso que acceda al Registro la escritura que se reseña como título para su inscripción a favor de quien aparece como transmitente en el documento privado que se eleva a público.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 25 de abril de 2018 y 11 de enero de 2023) hay que aclarar que los casos en que se admite la modalidad del tracto sucesivo abreviado o comprimido no constituyen en modo alguno una excepción al principio del tracto sucesivo en su sentido material o sustantivo, sino sólo a su vertiente formal o adjetiva. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una herencia —como los de una comunidad postganancial—, sin necesidad de previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien como sucede en el presente caso.

Resolución de 4-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 20.

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.

Puede cancelarse la hipoteca cambiaria con el certificado a que alude el art. 45 de la Ley Cambiaria.

Según la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 31 de mayo de 2003 y 12 de febrero de 2010), aun cuando la hipoteca constituida tenga la consideración de cambiaria, debe poder cancelarse aportando la certificación a que alude el artículo 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

En el caso objeto de este expediente el notario autorizante inutiliza las 115 letras de cambio exhibidas, acreditándose el pago de los dos restantes no exhibidas mediante certificado bancario de pago, cargado en la cuenta identificada en el título constitutivo de la hipoteca, que se incorpora a la escritura. Como se ha dicho, dicho certificado bancario tiene pleno valor liberatorio para el librado frente a cualquier acreedor cambiario, por lo que es suficiente para cancelar registralmente la hipoteca cambiaria. Máxime cuando la propia entidad pagadora y tenedora, en la certificación cuyo original adjunta el notario la escritura matriz de cancelación de hipoteca cambiaria afirma «que se entrega esta certificación como sustitutiva de los propios efectos».

Resolución de 4-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: REQUISITOS.

Se reitera la necesidad de una calificación estricta en los casos de rectificaciones de cabida.

El hecho de haber solicitado la segregación de las fincas, la licencia se concede conforme a los pronunciamientos que se derivan del Planeamiento, puesto que las fincas resultantes de esa segregación han de ser conformes con los pronunciamientos del Planeamiento, que delimita el derecho de propiedad de las mismas, con la definición del mismo, que es el que realmente debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, como institución que debe controlar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Cualquier alteración de esa realidad no autorizada por la Administración Urbanística competente, supondría una modificación de los términos de la licencia. Por lo tanto, no estamos ante un supuesto de concordancia de la finca registral con la realidad física, que puede resolverse mediante expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino ante un supuesto de modificación de la delimitación que del objeto del derecho de propiedad hace la legislación urbanística, que debe cumplir los requisitos fijados en ella.

Respecto de esa clara delimitación de la legalidad urbanística, amparada por la licencia de segregación, el recurrente pretende rectificar ahora la descripción de la finca 58.120 para inscribir un exceso de cabida de 263,22 metros cuadrados, que coinciden con la franja de terreno que en la licencia se destinaba a zona de afecciones, aludiendo a que precisamente en esa franja, es donde se encuentran las tres casas que se describían en el Registro.

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 registrado.

Resolución de 4-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Sigüenza.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: FINCAS ADJUDICADAS EN PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

Se analiza la trascendencia de la titularidad derivada de un proyecto de compensación a la hora de la inscripción de una venta.

Como señala la reiterada doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Entrando en el fondo de la cuestión el recurso, las fincas objeto de las escrituras que nos ocupan formaron parte de un proyecto de reparcelación que consta inscrito en el Registro de la Propiedad de Sigüenza desde el año 2021. La reparcelación se llevó a cabo mediante la constitución de una «junta de compensación».

Se trata por tanto de decidir si cabe establecer una correlación o correspondencia entre (i) la titular registral actual, el/la aportante de las fincas y la junta de compensación, y (ii) las fincas objeto de venta en la primera escritura y las que se venden en la escritura complementaria.

Es cierto que las fincas de resultado no fueron adjudicadas en el proyecto de reparcelación a quienes, durante el proceso, fueron adquiriéndolas de la propia junta de compensación como titular fiduciaria, sino que se adjudicaron a los titulares de las fincas de origen. Pero es precisamente la escritura complementaria presentada a calificación el instrumento adecuado para subsanar dicha circunstancia, teniendo en cuenta que nada obsta a que las adjudicaciones se efectúen a favor de los titulares de las fincas de origen, en cuyo caso la forma de subsanar es precisamente ratificar las escrituras intermedias que no pudieron tener acceso al Registro.

Se aduce que el vendedor en la escritura complementada es distinto del titular registral. A este respecto debe abordarse una cuestión de evidente importancia, cual es la de determinar si la aportación obligada por la modalidad de junta de compensación implica la transmisión del dominio pleno del socio a la propia junta o de si el derecho aportado no constituye una titularidad sobre la finca que implique tal dominio pleno. La doctrina mayoritaria se inclina por la segunda postura puesto que en todo caso el socio aportante conserva por imperativo legal el derecho a recibir, cuando se apruebe definitivamente el proyecto de compensación la finca o fincas de resultado que por subrogación real se correspondan con la aportada a la junta.

Por otra parte, y, en relación al alcance de la facultad fiduciaria de disposición es preciso caben dos posiciones distintas: la primera, entender que la facultad fiduciaria se proyecta sobre las fincas aportadas en dominio a la entidad urbanística, precisamente porque se trata de un acto traslativo de tipo fiduciario, y, la segunda, partir de la base de que la facultad fiduciaria está pensada para las fincas que permanecen en el patrimonio del socio, lo que hace necesario desvincular de su titularidad una facultad dispositiva limitada, con el fin de facilitar la financiación de la urbanización. Pero en todo caso la junta de compensación, en cuanto a persona jurídica dotada de plena capacidad podrá evidentemente realizar actos de enajenación inmobiliaria, cuyas características variarán según el tipo de bienes y las circunstancias de su adquisición.

Lo cierto es que, consultados los libros del Registro, las fincas constan inscritas a nombre de la entidad mercantil que forma parte de la junta de compensación que transmitió fiduciariamente las fincas, ahora adjudicadas en el proyecto de reparcelación de nuevo al citado titular registral, sin tener en cuenta a quienes, durante el proceso, fueron adquiriéndolas de la propia junta de compensación como titular fiduciaria. No hay por tanto falta de tracto sucesivo invocado en la nota de calificación. En efecto, no puede decirse que la finca transmitida esté inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de una persona distinta del anterior titular registral, porque precisamente es este titular registral actual quien ratifica la venta efectuada en el ínterin por la junta de compensación, de la cual forma parte.

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Mancha Real.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SITUACIONES DE PROPIEDAD HORIZONTAL DE HECHO.

Sin perjuicio de la imposibilidad de inscribir modificaciones hipotecarias en las situaciones de propiedad horizontal de hecho, sí es posible inscribir la transmisión de las que ya están inscritas.

Para resolver la cuestión planteada en este recurso es determinante que la finca objeto de adjudicación hereditaria (número 7.226) figura inscrita a nombre de la causante, sin que pueda considerarse que sobre aquella exista una copropiedad romana o por cuotas. Debe entenderse que se trata de una propiedad horizontal de hecho, lo que ocurre en aquellos supuestos en los que se dan los presupuestos fácticos para que la propiedad horizontal surja (edificio —o conjunto inmobiliario— constituido por partes susceptibles de aprovechamiento independiente y pluralidad de propietarios) pero en los que no se ha otorgado el título constitutivo. En definitiva, 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 expediente. 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.

Ciertamente, en un régimen de propiedad horizontal de hecho, no pueden constituirse nuevos elementos independientes ni es posible la segregación de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente un régimen de propiedad horizontal, por mucho que ya existan elementos privativos segregados cuya validez se mantiene; y tampoco es posible en un edificio en régimen de propiedad horizontal de hecho proceder sólo en una de las fincas registrales segregadas a su división material, a la modificación de obra alterando su superficie construida, o a cualquier otra modificación hipotecaria.

Este Centro Directivo ha permitido que se sigan practicando asientos tanto respecto de pisos y locales que habían tenido acceso al Registro por vía de segregación con anterioridad a la ley, como respecto de partes de edificio que continuaban integradas en la finca matriz, en los términos que resultan del artículo 8.3º de la Ley Hipotecaria, al observar que la disposición transitoria primera de la ley, si bien ordena la aplicación de sus preceptos a las situaciones de hecho de propiedad horizontal, no impone la adecuación de la ordenación jurídica de los edificios a sus mandatos, sino tan solo la de sus estatutos en cuanto pudieren oponerse a la ley. En definitiva, en el presente caso, no existe obstáculo que impida la inscripción de la transmisión de la finca objeto de adjudicación hereditaria, tal y como ha sucedido hasta ahora.

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Ávila, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001 EN LOS PODERES OTORGADOS POR UNA SOCIEDAD Y QUE NO ESTÉN INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En la reseña de un poder otorgado por una sociedad mercantil que no está inscrito en el RM es preciso hacer referencia a todas las circunstancias que garanticen su validez.

En las citadas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

Debe concluirse que esa reseña del documento auténtico del que resulta la representación no expresa las circunstancias precisas para que el registrador pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa.

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE UN CONTRATO DE FINANCIACIÓN QUE INCLUYE VARIAS OBLIGACIONES.

Se analiza una hipoteca en garantía de dos tipos de obligaciones: una presente, derivada de la cantidad efectivamente prestada por la entidad financiadora en virtud del contrato de financiación «mezzanine» suscrito entre las partes, y otras eventuales y futuras, derivadas de obligaciones accesorias resultantes del mismo contrato.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, debe tenerse en cuenta que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de junio de 2012, con criterio confirmado por otras posteriores, dentro de las hipotecas de máximo, existen, entre otras, tres modalidades distintas de hipoteca en garantía de obligación futura: la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria; las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria; y, las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Cada una de esas modalidades de hipotecas de máximo tiene caracteres y requisitos distintos.

A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de éstas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración. Esta es la hipoteca que la notaría recurrente alega que se constituye en el presente caso, que se refiere a las obligaciones derivadas de un contrato de financiación denominado «mezzanine», de carácter anglosajón, consistente en un instrumento de financiación que opera mediante la concesión de un préstamo a largo plazo dividido en varios tramos, cada uno de los cuales es concedido a una entidad deudora distinta, con la finalidad de ser destinados a los fines que se especifican en el referido contrato de financiación, y que suele llevar aparejada la designación de una entidad agente para la realización de labores de coordinación, gestión y administración de la operación financiera.

En el presente caso, no se ha constituido la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pues no sólo no se cumplen los requisitos subjetivos que el mismo precepto impone para los acreedores hipotecarios, tal y como ha quedado expuesto, sino que, adicionalmente, tampoco se hace ninguna referencia expresa al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que queda abierto el camino para plantear si cabe la misma al amparo de un precepto distinto del citado artículo 153 bis, y en concreto, al amparo de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, tal y como defiende la notaría en su escrito de recurso, lo que exige analizar si se cumplen los preceptos y principios reguladores de estas hipotecas que permitan su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como se puede apreciar la hipoteca garantiza dos tipos de obligaciones: una presente, derivada de la cantidad efectivamente prestada por la entidad financiadora en virtud del contrato de financiación «mezzanine» suscrito entre las partes, y otras eventuales y futuras, derivadas de obligaciones accesorias resultantes del mismo contrato. Ambos tipos obedecen a una misma causa jurídica que está debidamente explicitada en la escritura, siendo así que el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario al derivarse las mismas de un único contrato de financiación suscrito entre las partes y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de tal contrato (cfr. Resoluciones de 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio de 2012 y 30 de enero de 2013), no tratándose de cualesquiera obligaciones presentes o futuras, sino de las obligaciones derivadas de ese contrato.

El hecho de que del referido contrato de financiación puedan surgir diversas obligaciones no constituye obstáculo para la constitución de la hipoteca. Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria

cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca. Este criterio que admitió la unicidad de la hipoteca aun cuando ésta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse «a fortiori» a un supuesto como el presente, en el que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo contrato de financiación, con una única causa.

En el presente supuesto, se asegura el cumplimiento de un número determinable de obligaciones, todas derivadas del contrato de financiación celebrado, suficientemente concretado e identificado plenamente tanto en la parte expositiva de la escritura como en los Anexos incorporados a la misma, por lo que no existe duda alguna sobre cuáles sean las obligaciones que se garantizan, respetándose así el principio de especialidad o determinación, interpretado con la necesaria flexibilidad a fin de facilitar el crédito territorial. Asimismo, quedan cumplidas las exigencias derivadas del carácter accesorio del derecho de garantía hipotecaria en tanto en cuanto tal derecho depende en su desenvolvimiento del incumplimiento de las obligaciones aseguradas. Y, precisamente porque todas esas obligaciones que tiene su origen en una misma relación jurídica son de cuantía incierta, es suficiente la fijación de una cifra máxima de responsabilidad para que se haya de considerar correctamente constituida desde el punto de vista del referido principio de determinación o especialidad.

Según el último defecto recurrido, sostiene el registrador que «no se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la hipoteca como titular del derecho real de garantía». En la medida en que sólo una entidad («Diaz Investments, S.à.r.l.») es la que comparece en dicha condición en el otorgamiento, y sólo a ella se refiere el contrato de financiación incorporado como Anexo a la escritura (sin perjuicio de que eventualmente las entidades financiadoras puedan ser en el futuro varias, o, incluso, otras distintas de la inicial, en virtud de posteriores eventuales cesiones hipotecarias), lo cierto es que, tal y como afirma la notaría en su escrito de recurso, la única entidad en cuyo favor se constituye la hipoteca es la sociedad «Diaz Investments, S.à.r.l.» compareciente, cuyos datos identificativos aparecen plenamente determinados en la escritura.

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE UN CONTRATO DE FINANCIACIÓN QUE INCLUYE VARIAS OBLIGACIONES.

Se analiza una hipoteca en garantía de dos tipos de obligaciones: una presente, derivada de la cantidad efectivamente prestada por la entidad financiadora en virtud del contrato de financiación «mezzanine» suscrito entre las partes, y otras eventuales y futuras, derivadas de obligaciones accesorias resultantes del mismo contrato.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, debe tenerse en cuenta que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de junio de 2012, con criterio confirmado por otras posteriores, dentro de las hipotecas de máximo, existen, entre otras, tres modalidades distintas de hipoteca en garantía de obligación futura: la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria; las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria; y, las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Cada una de esas modalidades de hipotecas de máximo tiene caracteres y requisitos distintos.

A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de éstas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración. Esta es la hipoteca que la notaría recurrente alega que se constituye en el presente caso, que se refiere a las obligaciones derivadas de un contrato de financiación denominado «mezzanine», de carácter anglosajón, consistente en un instrumento de financiación que opera mediante la concesión de un préstamo a largo plazo dividido en varios tramos, cada uno de los cuales es concedido a una entidad deudora distinta, con la finalidad de ser destinados a los fines que se especifican en el referido contrato de financiación, y que suele llevar aparejada la designación de una entidad agente para la realización de labores de coordinación, gestión y administración de la operación financiera.

En el presente caso, no se ha constituido la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pues no sólo no se cumplen los requisitos subjetivos que el mismo precepto impone para los acreedores hipotecarios, tal y como ha quedado expuesto, sino que, adicionalmente, tampoco se hace ninguna referencia expresa al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que queda abierto el camino para plantear si cabe la misma al amparo de un precepto distinto del citado artículo 153 bis, y en concreto, al amparo de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, tal y como defiende la notaría en su escrito de recurso, lo que exige analizar si se cumplen los preceptos y principios reguladores de estas hipotecas que permitan su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como se puede apreciar la hipoteca garantiza dos tipos de obligaciones: una presente, derivada de la cantidad efectivamente prestada por la entidad financiadora en virtud del contrato de financiación «mezzanine» suscrito entre las partes, y otras eventuales y futuras, derivadas de obligaciones accesorias resultantes del mismo contrato. Ambos tipos obedecen a una misma causa jurídica que está debidamente explicitada en la escritura, siendo así que el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario al derivarse las mismas de un único contrato de financiación suscrito entre las partes y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de tal contrato (cfr. Resoluciones de 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio de 2012 y 30 de enero de 2013), no tratándose de cualesquiera obligaciones presentes o futuras, sino de las obligaciones derivadas de ese contrato.

El hecho de que del referido contrato de financiación puedan surgir diversas obligaciones no constituye obstáculo para la constitución de la hipoteca. Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto

de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriidad de la hipoteca. Este criterio que admitió la unicidad de la hipoteca aun cuando ésta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse «a fortiori» a un supuesto como el presente, en el que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo contrato de financiación, con una única causa.

En el presente supuesto, se asegura el cumplimiento de un número determinable de obligaciones, todas derivadas del contrato de financiación celebrado, suficientemente concretado e identificado plenamente tanto en la parte expositiva de la escritura como en los Anexos incorporados a la misma, por lo que no existe duda alguna sobre cuáles sean las obligaciones que se garantizan, respetándose así el principio de especialidad o determinación, interpretado con la necesaria flexibilidad a fin de facilitar el crédito territorial. Asimismo, quedan cumplidas las exigencias derivadas del carácter accesorio del derecho de garantía hipotecaria en tanto en cuanto tal derecho depende en su desenvolvimiento del incumplimiento de las obligaciones aseguradas. Y, precisamente porque todas esas obligaciones que tiene su origen en una misma relación jurídica son de cuantía incierta, es suficiente la fijación de una cifra máxima de responsabilidad para que se haya de considerar correctamente constituida desde el punto de vista del referido principio de determinación o especialidad.

Según el último defecto recurrido, sostiene el registrador que «no se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la hipoteca como titular del derecho real de garantía». En la medida en que sólo una entidad («Díaz Investments, S.à.r.l.») es la que comparece en dicha condición en el otorgamiento, y sólo a ella se refiere el contrato de financiación incorporado como Anexo a la escritura (sin perjuicio de que eventualmente las entidades financiadoras puedan ser en el futuro varias, o, incluso, otras distintas de la inicial, en virtud de posteriores eventuales cesiones hipotecarias), lo cierto es que, tal y como afirma la notaría en su escrito de recurso, la única entidad en cuyo favor se constituye la hipoteca es la sociedad «Díaz Investments, S.à.r.l.» compareciente, cuyos datos identificativos aparecen plenamente determinados en la escritura.

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir una base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. 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».

El ejercicio de esa función calificadora, en lo que al ámbito de la descripción, ubicación y delimitación geográfica de la finca, debe prevenir cualquier tipo de perturbación de hecho en el objeto del derecho de propiedad de las fincas colindantes, así como en el dominio público, aunque no esté inmatriculado, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante. En el presente caso, la registradora funda sus dudas en la posible controversia latente respecto de la fracción de terreno, por pequeña que sea, que provoca la oposición del colindante, que deriva de la inclusión de un camino en la finca objeto del expediente, que según el Registro constituye el linde de la misma y pertenece a otra finca. Por ello, resulte evidente la existencia de un conflicto latente sobre la titularidad de esa franja de terreno de 3 metros, la cual no puede ser resuelta por la registradora ni por esta Dirección General, por carecer de competencia para ello.

En casos como el presente, tal señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, si la incorporación de la georreferenciación pretendida «fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente».

Resolución de 5-7-2023

BOE 24-7-2023

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 3.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No cabe inscribir una resolución judicial dictada en procedimiento seguido contra persona distinta del titular registral.

Como ha manifestado este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 5 de febrero de 2018) el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente, es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular registral, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que éste haya sido parte.

Por aplicación de la anterior doctrina no cabe sino confirmar la calificación, ya que no ha habido intervención del titular registral de la finca que se enajena. No modifica lo anterior que los titulares de la finca hayan tenido conocimiento del procedimiento judicial, pues no basta esta circunstancia, ya que su intervención en defensa de sus intereses debe ser desde su condición de titulares de la finca no como representantes de la sociedad.

Resolución de 6-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 24.

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR ATRIBUIDO EN CONVENIO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: REQUISITOS.

En la atribución del derecho de uso es necesario que no resulte su carácter perpetuo. También se aclara que no cabe su inscripción cuando la vivienda se adjudica de forma exclusiva al cónyuge favorecido por dicho derecho.

El artículo 96 del Código Civil, en su redacción vigente en el momento de aprobación del pacto objeto de la calificación impugnada, disponía lo siguiente: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (...)».

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto). Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y, por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil).

En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino

en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013). Esto no impide que, si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores. Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 14 de enero de 2010, dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018.

Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral—, es el denominado principio de especialidad o determinación registral, consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, según lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial.

Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. El carácter esencialmente temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido. Sin duda, de la jurisprudencia reseñada y de la doctrina de este Centro Directivo, confirmada por la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil, resulta que, en general (cuando no existen hijos o éstos son mayores, según se ha expresado anteriormente), es necesario fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997), y por el poder de limitar

el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio (Resolución de 25 de octubre de 1999), quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca.

Resolución de 6-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CASOS EN LOS QUE NO HAY BASE GRÁFICA CATASTRAL.

Cuando la base gráfica catastral no tiene la consistencia precisa, cabe acceder a la inmatriculación con una base gráfica alternativa.

La certificación catastral, al no incluir la representación gráfica ni las coordenadas de la parte de 35 metros cuadrados correspondiente a «vivienda», o «casa-cueva», o «construcción enterrada» (según las distintas denominaciones empleadas en cada caso), no permite la inmatriculación la finca cuya descripción incluye dicha parte, por no cumplirse los requisitos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

En los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la completa representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podrá admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa.

Resolución de 6-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: SUPERFICIE PREVIAMENTE INMATRICULADA.

Cuando consta que parte de la superficie de la finca ya consta inscrita, ha de denegarse la inmatriculación por título público.

En el presente caso, la registradora sí que tiene, expresa y motiva dudas fundadas acerca de que la porción de suelo que se pretende inmatricular ahora ya consta inmatriculada como parte de la finca 103, que es la finca matriz de la que se han ido segregando las distintas parcelas de la misma urbanización, e incluso de la misma calle, donde dice estar la finca a inmatricular.

Por tanto, los indicios de que la finca que ahora se pretende inmatricular en realidad también procede por segregación no formalizada de la misma finca matriz que las fincas circundantes y ubicadas en la misma calle, son altamente fundados, y, en consecuencia, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida.

Resolución de 6-7-2023
BOE 26-7-2023
Registro de la Propiedad de Baena.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede fundamentarse la negativa a inscribir una base gráfica alternativa exclusivamente en la alegación de un titular catastral colindante.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, la registradora funda sus dudas solo en la titularidad catastral de la parcela del opositor alegante, dando por bueno dicho dato, al coincidir con la titularidad registral de la finca 22.602 de Baena, mediante referencias genéricas y a una mera oposición no documentada.

Ciertamente, como declara la Resolución de 8 de marzo de 2023, la imprecisión derivada de la descripción puramente literaria que de las fincas afectadas consta en el Registro no impide que, a la vista de los datos obrantes en el expediente y de la oposición del colindante, pueda el registrador oponerse fundadamente a la inscripción de la georreferenciación alternativa aportada. Pero, tampoco obsta a que, valorados los datos que resultan del Registro y de la titulación aportada, pueda determinarse que la oposición formulada carece de entidad suficiente para convertir en contencioso el expediente. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, donde no hay conflicto latente sobre la titularidad de un concreto espacio determinado de terreno, sino que lo que ocurre es que se desconoce la ubicación geográfica de una finca, con folio abierto, pero con una descripción meramente literaria.

La Resolución de 23 de febrero de 2023 vuelve a reiterar que el hecho de que la representación gráfica alternativa aportada por el promotor invada geometrías catastrales no es motivo suficiente para rechazarla, pues precisamente por ser alternativa se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante; lo cual no obsta para que las alegaciones del colindante catastral puedan ser tenidas en cuenta por el registrador para fundar su oposición a la inscripción. Aunque en el presente caso, no tienen la entidad suficiente para motivar un juicio razonado y objetivo del registrador, que permita convertir en contencioso el expediente.

Ello determina como consecuencia necesaria en el presente expediente la revocación de la nota de calificación registral negativa aquí recurrida por no haber fundado objetivamente las dudas sobre la posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas, sin que ello implique la práctica del asiento, si el

registrador sigue manteniendo sus dudas, o si tiene constancia de la existencia acreditada de un pleito judicial sobre la titularidad de la finca, como alega en el informe en defensa de la nota.

Resolución de 6-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica cuando hay dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Habiéndose acreditado e inscrito previamente una anterior rectificación de superficie, consistente en que la superficie de la finca, como se acreditó en acta de notoriedad con incorporación de informe técnico, era en realidad de 192 metros cuadrados, ya existen dudas fundadas acerca del mantenimiento de la identidad de la finca. Además, tales dudas fundadas en los extremos referidos se acrecientan o incluso se convierten en certezas sobre la falta de mantenimiento de la identidad de la finca si no sólo se atiende a la nueva alteración aritmética de la superficie, sino a la alteración geométrica de la delimitación de la finca, de la cual resulta con claridad, como se ha expuesto más arriba, la pretensión de incorporar a la delimitación perimetral una porción de suelo añadida por la parte norte.

Resolución de 6-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Totana.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica cuando hay dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

No invadiéndose dominio público ni fincas colindantes con georreferenciación inscrita, el registrador ha de valorar, a su prudente arbitrio, las alegaciones de las partes para determinar si puede tener dudas sobre la identidad de la finca, o

existe conflicto latente sobre la delimitación de la finca. En el presente caso, resultando controvertido el trazado del lindero, procede reiterar la doctrina formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición de un colindante que resulta ser titular registral de la finca colindante, que no tiene incorporada su georreferenciación. Pero, alega entrar en colisión con la pretendida por el promotor; con lo que «queda patente que existe controversia entre distintos colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino sólo la constatación de su existencia».

En el presente caso, el registrador funda sus dudas en la posible controversia latente respecto de la fracción de terreno, por pequeña que sea, que provoca la oposición del colindante, que deriva de la inclusión del talud en la finca objeto del expediente, el cual no tiene existencia en el contenido del Registro. Parece existir una controversia latente, analizada la alegación del titular de la finca colindantes por el norte y por el oeste, que invoca una geometría distinta del lindero, la cual no puede ser resuelta por la registradora ni por esta Dirección General, por carecer de competencia para ello.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales. Por ello, no puede admitirse la inscripción de la georreferenciación en esas circunstancias, pues se estaría introduciendo una inexactitud en el contenido del Registro y se estaría contraviniendo el artículo 32 de la Ley Hipotecaria al rectificar intrínsecamente la descripción de la finca colindante, en contra del consentimiento del titular registral, estando el asiento registral relativo a su derecho bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 7-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para que el pacto de atribución de privatividad a un bien sea inscribible es necesario que exprese la causa onerosa o gratuita.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada

cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera.—Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda.—Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera.—Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo del bien comprado por el esposo, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicho bien —mediante aplicación directa del principio de subrogación real— por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Pero nada se expresa sobre la causa onerosa o gratuita de dicho negocio. Por ello, la calificación debe ser confirmada.

Resolución de 7-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Gijón, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TÍTULO OTORGADO POR PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No puede inscribirse un título si la finca aparece inscrita a favor de persona distinta del disponente.

En primer lugar, en cuanto al alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que

el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad. En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación del registrador sustituido, pero la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación del registrador sustituido, única legalmente recurrible.

Entrando en el fondo del recurso, conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (artículo 38.1.1 de la Ley Hipotecaria).

La escritura objeto del expediente y por tanto su presentación, son de fecha posterior a la inscripción de dominio a favor de «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.» pero, en cualquier caso, ya fuera de fecha posterior o anterior a la inscripción de dominio vigente, lo cierto es que en el momento de su presentación registral la finca ya figura inscrita en el Registro a favor de entidad distinta de la disponente.

Resolución de 7-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina.

URBANISMO: CONDICIONES DE LA LICENCIA.

No puede exigirse el cumplimiento de requisitos que no aparecen entre las condiciones de la licencia.

Desde el punto de vista urbanístico y sustantivo, el artículo 29.3 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, establece que «en cualquier clase de suelo y, de forma excepcional y motivada, podrá otorgarse autorización administrativa para usos y obras de carácter provisional que no dificulten la ejecución del planeamiento, y que habrán de cesar en todo caso y ser demolidas sin

indemnización alguna cuando lo acordare el órgano municipal competente. La licencia, bajo las indicadas condiciones aceptadas por el propietario, se hará constar en el Registro de la Propiedad».

Resulta evidente que la calificación registral recurrida, en la medida en que exige el compromiso de demolición, no sólo del depósito estanco, sino también de la vivienda, no es ajustada a Derecho, al suponer una interpretación errónea de los términos de la licencia, que han quedado debidamente clarificados por la propia Administración Pública otorgante de la misma en los términos reseñados.

Resolución de 7-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Oliva.

AGREGACIÓN: REQUISITOS.

Si se agregan varias fincas a una sola, el cómputo de la quinta parte de la superficie se realizará respecto de cada finca que se agrega.

Para resolver el presente recurso debemos partir del concepto de agregación que es una operación por la cual una o varias fincas inscritas o una o varias partes que se segregan de otras u otras fincas que se incorporan a otra finca también inscrita, llamada finca mayor, que absorbe a las demás y que permanece en el mismo folio y con igual número. Pero, como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 14 de marzo de 1975, debe distinguirse entre una agregación ordinaria o clásica, que requiere una segregación previa, por la que se incorpora una o más porciones segregadas de otras fincas a otra finca también inscrito y una agregación sustitutiva de una agrupación, por la cual se incorporan la totalidad de una o varias fincas registrales a otra mayor también inscrita. Y es esta última agregación la que se introduce en el Reglamento Hipotecario, tras la entrada en vigor de la reforma operada por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre.

Por tanto, el límite cuantitativo que fija el artículo 48 del Reglamento Hipotecario exige que la finca principal tenga una superficie cuanto menos del quíntuplo de la agregada. Por tanto, no tiene que sumarse la superficie de las quince fincas agregadas para compararlo con la superficie de la finca registral a la que se agregan, puesto que ello supondría imponer al presentante una operación de agrupación previa de todas las fincas que se adquirieron en el año 2022. Por tanto, debe compararse la superficie de cada finca que se agrega con la superficie de la finca registral que se mantiene, sin que en ninguno de los casos supere la extensión de la finca que se agrega a la quinta parte de la finca que se mantiene, individualmente consideradas cada una de ellas.

Tratándose de una agregación, la georreferenciación de la finca es circunstancia necesaria del asiento, por aplicación del artículo 9.b) primer párrafo de la Ley Hipotecaria, y el procedimiento regulado por el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria, como declaró la Resolución de 17 de noviembre de 2015, reiterada posteriormente por múltiples Resoluciones, como la de (por todas) 10 de enero de

2023, es un procedimiento de rectificación de la descripción literaria de la finca, sin simultánea inscripción de su georreferenciación, por lo que no puede utilizarse en el presente caso.

Resolución de 7-7-2023

BOE 26-7-2023

Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede rechazarse la inscripción de una base gráfica cuando hay no se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De los datos y documentos que obran en el expediente, la calificación recurrida debe ser revocada en los términos que ha sido emitida, ya que, como expone el propio recurrente, se fundamenta en la exigencia para inscribir la agrupación y su representación gráfica de un expreso consentimiento de los titulares colindantes que no encuentra acomodo legal en los preceptos invocados. Por tanto, si el registrador quisiera fundamentar su calificación en la posible invasión del dominio público o de las titularidades colindantes, deberá adecuarse a la vigente normativa y a la doctrina que, sobre este extremo, ha emitido esta Dirección General.

Resolución de 10-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Madrid, número 17.

JUICIO VERBAL DE IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN: NO CABE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA.

No es posible practicar anotación preventiva de la demanda de juicio verbal de impugnación de la calificación registral porque sus fines ya se consiguen a través de la prórroga legal del asiento de presentación.

Se presenta en el Registro un mandamiento judicial ordenando la práctica de anotación preventiva de una demanda interpuesta en un juicio verbal cuyo objeto

es la impugnación de sendas notas de calificación, con arreglo a lo establecido en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

Las diferencias entre la impugnación de la calificación por vía judicial y el procedimiento también judicial para contender acerca de la validez del título son claras. En el primer caso, lo que se impugna es la propia nota de calificación dictada por el registrador. La tramitación se verifica por los cauces del juicio verbal, atribuyéndose la competencia a los juzgados de Primera Instancia de la capital de la provincia. La demanda se dirige contra el mismo registrador que calificó el título y el asiento de presentación del título calificado negativamente quedará prorrogado desde la interposición de la demanda hasta la resolución definitiva del procedimiento (artículo 66 de la Ley Hipotecaria). Por el contrario, en el segundo caso, el procedimiento se ajusta a las reglas del juicio declarativo ordinario, siendo de aplicación igualmente las normas de competencia generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El objeto de este juicio ordinario no es la impugnación de la calificación registral, sino obtener del juez un pronunciamiento acerca de la validez del título, pronunciamiento que habrá de ser respetado por el registrador en su calificación por aplicación de lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Por esta razón, la demanda no se dirige contra el registrador y tampoco está prevista la prórroga automática del asiento de presentación.

Vista la naturaleza del procedimiento ordinario en el que las partes contienen entre sí acerca de la validez del título, es entendible que el legislador haya previsto expresamente la posibilidad de pedir anotación de la demanda. Así lo prevé el artículo 66. Solo a través de la herramienta de la anotación de la demanda podrá el interesado conseguir un doble objetivo: a) provocar la prórroga de los efectos del asiento de presentación del título, si es que la demanda se ha presentado mientras este se halle vigente, y b) impedir el surgimiento de terceros que, al amparo de los principios de inoponibilidad y fe pública, puedan quedar al margen de los efectos de una futura sentencia.

Sin embargo, en el caso del juicio verbal frente a la calificación negativa del registrador el legislador no ha hecho referencia a la posibilidad de practicar anotación preventiva de la demanda. Y ello es así porque en este caso la anotación de demanda carece de utilidad. Quien presenta una demanda en un juicio verbal contra la calificación de un registrador tiene garantizado que se va a mantener la vigencia del asiento de presentación del título calificado hasta la terminación del procedimiento judicial. Debe recordarse que, cuando el registrador califica negativamente un documento presentado a inscripción, conforme a lo establecido en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles contados desde la fecha de la última de las dos notificaciones que para el caso de calificación negativa prevé el artículo 325 de la Ley Hipotecaria: al presentante y al notario autorizante del título, o al juzgado o funcionario que lo haya expedido. La demanda del juicio verbal se ha de presentar dentro del plazo de dos meses contados desde la notificación de la calificación negativa (artículo 328 de la Ley Hipotecaria), y el asiento de presentación del título calificado negativamente quedará prorrogado desde la interposición de la demanda hasta la resolución definitiva del procedimiento (artículo 66 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 10-7-2023
BOE 28-7-2023
Registro de la Propiedad de Ocaña.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: CASOS EN QUE PROCEDE DENEGARLO.

La orden administrativa de suspensión de una obra sin licencia es un título susceptible de provocar un asiento en los libros de inscripciones y, por tanto, no cabe denegar su presentación a Diario.

El presente recurso tiene como objeto la negativa a practicar el asiento de presentación por parte del registrador de la Propiedad de Ocaña respecto de un decreto de la Alcaldía del mismo municipio por el que se da traslado de la orden de la suspensión de obras acordada en relación con una determinada finca registral en la que se está realizando una edificación sin licencia.

El registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

En el presente caso se trata de la presentación en el Registro de un decreto de la Alcaldía de Ocaña por el que se da traslado de una orden de suspensión de obras que se están realizando sin licencia. Es decir, se trata de un documento público (es una certificación librada por la Secretaría del Ayuntamiento) y que afecta a una finca radicante en el distrito hipotecario de Ocaña. Por tanto, la única cuestión a determinar es la de si se trata de documento que, como establece el punto tercero del artículo 420 del Reglamento Hipotecario, por su naturaleza, contenido o finalidad no pueda provocar operación registral alguna.

De lo establecido en los preceptos transcritos se puede concluir que una orden de suspensión de unas obras que se están ejecutando sin la preceptiva licencia constituye sin duda una medida propia de un expediente de disciplina urbanística. De hecho, la constancia registral de una orden de suspensión tiene especial sentido porque permitirá al registrador denegar la inscripción de una obra nueva por antigüedad, de acuerdo con lo establecido en el punto cuarto del artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

Por todo ello, no puede mantenerse la calificación impugnada y la negativa a practicar un asiento de presentación, porque un decreto municipal que ordena la suspensión de unas obras realizadas sin licencia, es un documento público que sí que puede dar lugar a la práctica de asientos en los libros de inscripciones, siempre que resulte finalmente inscribible conforme a las reglas generales, previa calificación registral.

Resolución de 10-7-2023
BOE 28-7-2023
Registro de la Propiedad de Adeje.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO: REQUISITOS.

Se analizan los requisitos esenciales que han de concurrir para que pueda practicarse una anotación preventiva de crédito refaccionario.

Resulta ciertamente extraño que el registrador informe que notificó la calificación al correo electrónico proporcionado por el presentante en fecha 25 de agosto de 2022 y que el interesado afirme sin acreditarlo que se le ha notificado la calificación el día 8 de marzo de 2023, más de seis meses después. Además, de ser cierta esta afirmación, también habría transcurrido el plazo de un mes en el momento en que el escrito de recurso tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Adeje, el día 11 de abril de 2023. El plazo para la interposición de recurso es de un mes y se computa desde la fecha de la notificación de la calificación (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Los plazos fijados por meses se computan a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación y concluyen el mismo día en que se produjo la notificación en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hay día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entiende que el plazo expira el último día del mes y cuando el último día del plazo es inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente (artículo 326 de la Ley Hipotecaria y apartados 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). En cuanto al hecho antes apuntado de que, si el recurso tuvo entrada en el Registro el día 11 de abril de 2023 también sería extemporáneo, es necesario tomar en consideración que según consta en el sello de entrada en el Registro de la Propiedad de Adeje del escrito de recurso, este fue objeto de presentación, asignándole un asiento en el Libro Diario, y fue presentado a las 9 horas del día 11 de abril de 2023. Dado que los documentos se pueden presentar telemáticamente fuera de las horas de oficina y que antes de la hora de apertura al público (las 9 horas), deben incorporarse las modificaciones que resulten de la presentación de aquellos títulos que se hubiera efectuado en el día hábil precedente fuera de horas (artículo 248.1 de la Ley Hipotecaria), surge la duda acerca de la posibilidad de que el escrito de recurso tuviera entrada en el Registro por vía telemática fuera de horas de oficina el día precedente a aquel en que fue objeto de presentación, es decir, el día 10 de abril de 2023. Esta duda, en aplicación del principio «in dubio pro actione», conduce a no considerar tampoco por este motivo extemporánea la interposición del recurso en este caso.

También como cuestión previa, respecto de la fotocopia de una sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022 que acompaña el recurrente a su escrito de recurso y que no fue tenida en cuenta por el registrador en su calificación —la sentencia ni siquiera había sido dictada cuando se emitió la nota de calificación—, además de la falta de autenticidad de dicho documento, que impediría en cualquier caso su admisión, debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto de la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso

y que el registrador no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada.

La llamada «factura proforma» es un mero borrador carente de toda validez legal y como tal no tiene regulación expresa en nuestro ordenamiento. Se trata de un documento meramente informativo, de un presupuesto o cálculo del importe debido por los servicios prestados, pero nunca de una factura emitida con los requisitos que establece el artículo 6 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

Alega el recurrente que la factura («proforma» en este caso) no es necesaria para acreditar la realidad de la deuda, ni se exige su aportación en precepto alguno ni de la Ley Hipotecaria ni de su Reglamento, ya que lo único que exige el artículo 59 de la Ley Hipotecaria es que se presente el contrato por escrito que en cualquier forma legal haya celebrado el acreedor refaccionario con el deudor y el artículo 60 de la Ley Hipotecaria señala además que no es necesario que los títulos en cuya virtud se exija la anotación preventiva de créditos refaccionarios determinen fijamente la cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos, sino que bastará con que contengan los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas, por lo que a su juicio resulta perfectamente posible la anotación del crédito con base en el contrato suscrito entre las partes, y si para la anotación del crédito refaccionario no es obligatorio aportar ninguna factura, el hecho de que se haya aportado en la modalidad de «proforma» y no numerada, no puede constituir motivo para suspender la anotación. Sin embargo, resulta con claridad de la instancia que la pretensión del solicitante es la anotación de ese crédito y por ese importe que resultan de la factura proforma, sin que el principio hipotecario de rogación permita que el registrador practique la anotación de forma distinta a la solicitada —por un crédito y por un importe distintos a los solicitados—, tal como parece pretender el recurrente en su escrito de recurso. Debe confirmarse por tanto este primer defecto señalado por el registrador.

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. En efecto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la Sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros negocios que contribuyan de forma directa al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario.

Tiene razón el recurrente en que el crédito derivado de los trabajos llevados a cabo por «Naval Scan Engineering, SL» como «project manager» debería tener encaje, por razón de su contenido, en el concepto amplio de crédito refaccionario, tal como lo ha entendido la jurisprudencia, en el sentido antes expresado, pues el

«project manager» se encarga de la gestión, organización, coordinación y control económico de las obras de edificación, durante la ejecución de las mismas y el ciclo de vida completo del proyecto, a fin de conseguir los objetivos definidos en el proyecto en cuanto a configuración, alcance, coste, plazo y calidad de las obras, sin perjuicio de que en la ejecución de las obras puedan intervenir como contratistas otros agentes de la edificación.

El artículo 42.8.o de la vigente Ley Hipotecaria reconoce al acreedor refaccionario el derecho a pedir anotación preventiva «mientras duren» las obras que son objeto de la refacción; el artículo 92 de la misma ley precisa el momento de la caducidad de esta anotación, a «los sesenta días de concluidas las obras», permitiendo el artículo 93 al acreedor refaccionario pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca. El mismo criterio se sigue en el artículo 166.7.a del Reglamento Hipotecario, al referirse a la necesidad de que en la anotación del crédito refaccionario se indique brevemente la clase de obras que «se pretende ejecutar». En este supuesto, las obras han finalizado —no han concluido con el resultado previsto, pero tampoco van a concluir con dicho resultado— y ha terminado la relación contractual entre las partes, o al menos así lo pretende el mismo recurrente. Del mismo modo que no es posible anotar un crédito refaccionario una vez finalizadas las obras (cfr. las Resoluciones antes citadas), tampoco es posible anotarlo cuando ha finalizado el contrato de obras suscrito entre las partes, pues las obras ya han finalizado, aunque no lo hayan hecho con el resultado previsto por las partes.

Resulta por tanto con toda claridad de la Ley que el contrato suscrito por las partes debe tener las firmas de todos los otorgantes, legitimadas notarialmente, acreditando además en este caso, al tratarse de personas jurídicas, la realidad, validez y vigencia de la representación voluntaria u orgánica de éstas que ostenten los firmantes, o bien que comparezcan personalmente ante el registrador todos los interesados en la anotación, tal como ha señalado éste en su nota de calificación. Esta exigencia resulta además en general de los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues a pesar de que baste en este caso un documento privado, debe existir al menos la certeza acerca de quiénes han suscrito el mismo.

Resolución de 11-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Tui.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse la georreferenciación de una finca si se acreditan dudas sobre la identidad de la finca. Como consecuencia de ello no podrá tampoco la obra nueva sobre dicha finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio pú-

blico, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca, por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En dicha Resolución de 17 de noviembre de 2015, la Dirección General entendió que para rectificar la descripción de la finca y lograr la inscripción de la georreferenciación y, en su caso la coordinación con el Catastro, el interesado podía acudir, cuando existía una discordancia con la realidad física, bien al expediente del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el notario o al del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el registrador. En el primer caso, si el registrador tenía dudas sobre la identidad de la misma, debía expresarlas en la certificación inicial del expediente, las cuales no paralizaban el expediente, puesto que se expresaban para que las mismas pudieran ser subsanadas en su tramitación por el notario, lo que debía calificar posteriormente el registrador.

Este Centro Directivo siempre ha tenido una interpretación amplia respecto a los supuestos en los cuales debe procederse a la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, declarando en la Resolución de 10 de enero de 2023: «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».

Ciertamente debe reconocerse la dificultad de analizar en el presente caso la exacta correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica catastral, dado que se trata de fincas colindantes de descripciones literarias con referencia a linderos nominales que se han mantenido invariables en el tiempo y no han sido objeto de transmisión recientemente, al margen de su ejecución judicial. Se considera razonable la duda expuesta por la registradora respecto a la correspondencia con la actual parcela 347 en su configuración resultante del procedimiento administrativo catastral de subsanación de discrepancias con efectos desde el día 13 de octubre de 2022 en el que la parcela incrementa notablemente de superficie y agrega la parcela catastral número 79.

El segundo defecto, es consecuencia del anterior; en cuanto a la declaración de obra nueva, por no existir certeza respecto a la ubicación de dicha obra nueva sobre la superficie de la finca que consta inscrita en el Registro, esto es, 4 áreas, que es muy inferior a la de la certificación catastral descriptiva y gráfica —728 metros cuadrados—, y ello porque al denegarse la inscripción de la base gráfica de la finca con dicha superficie no es posible comparar las coordenadas de las edificaciones con dicha base gráfica y cumplir así lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, en la medida que en el presente caso dichas coordenadas se encuentran ubicadas en parte en el lindero sur y alcanzan hasta la mitad de la parcela 347 actual.

Resolución de 11-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners.

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

No puede calificarse un documento que no ha sido previamente presentado ante las autoridades tributarias para cumplir con las obligaciones fiscales en el IS.

Son numerosas las ocasiones en las que 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. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia, ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes 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. artículo 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.

En efecto, en el caso de este expediente, se eleva a público el documento privado de aceptación y adjudicación de herencia que se incorpora a la misma y al que se remite en casi todos sus extremos. No obstante, existe entre ambos documentos alguna discrepancia, como por ejemplo en cuanto a la valoración individual que se da a los bienes, cuestión no advertida expresamente por la registradora en su nota de calificación. Por ello, sin entrar a valorar si se trata de un supuesto de escritura reconocitiva o de verdadera «renovatio contractus», lo cierto es que en la elevación a público de documentos privados pueden darse casos dudosos o fronterizos que generen obligaciones fiscales, por lo que en estos casos debe extremarse el celo y primar el deber de colaboración con la Administración Tributaria frente a los perjuicios que se puedan ocasionar por una mínima dilatación en el procedimiento.

Resolución de 11-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Se recuerda la doctrina de la DG sobre los requisitos que ha de reunir el título inmatriculador y el acta de notoriedad complementaria.

En la resolución de este expediente debe partirse de la reiterada doctrina de este Centro Directivo, según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «ad hoc» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

El título inmatriculador es la escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales de fecha 12 de enero de 2023. Como ha reiterado esta Dirección General, la aportación a gananciales es título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria ya que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial. Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, esto es, la posibilidad de acompañar el título público de adquisición de un acta notarial de notoriedad, efectivamente, como señala el registrador, este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la Resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición, sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañando dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla. Por tanto, este defecto debe decaer. Al igual que ocurrió en la Resoluciones de 11 de junio de 2018 y de 27 de abril de 2022, ambos requisitos deben entenderse debidamente cumplidos en el título calificado ya que el notario, por un lado, emitió el juicio de la previa adquisición; y, por otro, se refiere a la fecha de adquisición, ya que fija el momento temporal indicando que tal extremo es notorio desde hace más de un año, por lo que en debe ser suficiente la expresión utilizada.

Resolución de 11-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Cullera.

RESERVA LINEAL: POSIBILIDAD DE CEDER LOS DERECHOS DEL RESERVATARIO.

Se analiza la naturaleza y alcance de la reserva lineal y la posibilidad de que el reservatario expectante ceda sus derechos a tercero.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que en relación con la herencia de la madre, doña J. C. S., el heredero don V. C. C. cedió sus derechos mediante la escritura de fecha 17 de abril de 1982, por lo que, compareciendo el cesionario, no se precisa la intervención de aquél; que en la herencia de su hermano don J. C. C., no está llamado don V. C. C., sin perjuicio de sus derechos como reservatario, lo que luego se analizará; que en la herencia de su padre, don J. C. F., es llamado abintestato y, por tanto, se hace necesaria su intervención; ahora bien, al no existir otros bienes en la herencia del padre que los derechos procedentes de su difunta esposa y por tanto sometidos a reserva, se hará también necesario determinar si esos derechos de reserva son transmisibles efectivamente con la cesión de derechos de la herencia de su madre.

Respecto a cuál es la vocación o llamamiento del reservatario, se observa que no tiene vocación derivada del primer causante, pues no lo llamó como reservatario ni lo pudo llamar en ese momento, dado que la reserva no sólo está sujeta a la condición de la existencia de los reservatarios en el momento de la muerte del reservista sino a un suceso totalmente indeterminado en el momento de la muerte del primer causante cual es el fallecimiento de un descendiente antes del otro ascendiente. Tampoco puede considerarse que el reservatario tenga vocación derivada del reservista pues éste no puede decidir libremente acerca de su llamamiento, sino que tiene la obligación de respetar la reserva. Se trata de una vocación legal en la que la Ley utiliza dos medios de referencia para la determinación de los sucesores y de los bienes: en cuanto a la determinación de los sucesores, los que sean parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, y hayan sobrevivido al reservista y salvo mejora a favor de alguno de los reservatarios, siguiendo los llamamientos de la sucesión intestada con relación a la premuerta. El otro medio de referencia es el relativo a los bienes reservables, que son los que adquirió el reservista de los parientes que el Código señala —descendientes— y que pueden quedar determinados ya en vida del reservista a través de la nota marginal expresiva del carácter reservable de los bienes inmuebles o, en otro caso, en el momento de su muerte.

Distinto problema de la vocación es determinar a través de qué herencia recibe los bienes el reservatario. En este punto, y conforme a lo que señaló la citada Resolución de 14 de abril de 1969, y dado que los bienes han de estar incluidos dentro de un patrimonio, la solución es la de considerar que los bienes los recibe el reservatario como bienes integrados en la herencia del reservista. Conforme estableció la Resolución de 6 de diciembre de 1926 el reservista tiene la propiedad de los bienes objeto de reserva condicionados por los derechos de los presuntos reservatarios y, constituyendo la reserva una vez consumada, una masa patrimonial («universum ius») sujeta a las normas del derecho de sucesión mortis causa en la que el reservatario sucede no a título particular sino de modo universal y constando nota marginal del carácter reservable de los bienes, se defiende la reserva a favor del reservatario. Y sin que a ello obste la cuestión muy debatida en la doctrina de si el reservatario sucede al causante de quien proceden los bienes o al reservista, pues sea de ello lo que fuere, los bienes reservables constituyen una masa patrimonial diferenciada de los bienes del reservista no sujetos a la reserva. En el presente supuesto, no hay otros bienes en la herencia del reservista no sujetos a

reserva, y no consta que el reservista haya utilizado la facultad de mejorar con los bienes reservables ya que su sucesión se defiere por aplicación de las normas de la sucesión intestada.

Estando perfectamente diferenciados dentro de la herencia del reservista dos masas patrimoniales distintas, la herencia ordinaria del mismo y la masa patrimonial de los bienes sujetos a reserva, y teniendo en cuenta que el reservista tiene una propiedad condicionada a los derechos de los reservatarios, no habiendo ninguna cuestión para diferenciar los bienes de una y otra masa patrimonial, los herederos del reservista no lo son respecto a los bienes reservables, ni tampoco pueden considerarse legitimarios a los reservatarios respecto a los bienes reservables, sino con una vocación legal en la que el reservista sólo constituye el vehículo para la transmisión de los bienes que proceden de la primera causante, que es con referencia a la cual se determinan los herederos conforme a las normas de la sucesión intestada.

Como bien alega el recurrente, la falta de constancia en el Registro de la cualidad de bienes reservables no afecta a los actos realizados ni a las herencias practicadas sobre los mismos, pues se otorga la manifestación de herencia solo y exclusivamente en relación con las tres fincas privativas de la herencia de la madre, que se identifican y son adjudicadas a sus herederos. Así, las fincas están perfectamente identificadas y diferenciadas dentro de la herencia del reservista y no se plantea ninguna cuestión respecto al carácter reservable de los bienes. Por otra parte, en el título consta con nota de «inscrito» el documento en el Registro de la Propiedad Cullera respecto a esas tres fincas el día 28 de julio de 1994. En consecuencia, no puede ser confirmada esta parte del defecto.

En cuanto a la segunda parte del defecto, según el cual no es posible la cesión derechos a favor de un extraño realizada por el reservatario en la fase de pendencia, la doctrina se ha mostrado tradicionalmente dividida. En el caso de la reserva lineal los reservatarios se encuentran en una situación caracterizada por su interinidad, que no se puede considerar como mera esperanza de adquisición de un derecho, sino que se trata de una concreta situación de poder jurídico que, sin constituir un derecho subjetivo perfecto, le atribuye un derecho eventual respecto de los bienes reservables, incierto, pero ya existente. La delación en favor del reservatario se produce por ministerio de la ley cuando concurren los presupuestos fácticos de la norma del artículo 811 del Código Civil y se completa al tiempo del fallecimiento del reservista. Ese derecho eventual del reservatario puede ser objeto de cesión, pues todos los derechos son transmisibles mientras la ley no disponga lo contrario o la inalienabilidad se desprenda inequívocamente de su naturaleza.

El Tribunal Supremo ha admitido la cesión del derecho eventual de los reservatarios, al declararlo embargable (Sentencia de 1 de abril de 1914, por considerar que, aun condicional, el derecho de los reservatarios tiene entidad suficiente para ser objeto de transmisión); y ha negado que se trate de pacto sucesorio un contrato de cesión de la posición del reservatario en fase de pendencia (Sentencia de 18 de abril de 1942, que se refiere a «un derecho eventual con relación a bienes de una herencia deferida»).

Resolución de 12-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2.

HIPOTECA: GARANTÍA DE COSTAS Y GASTOS.

Se defiende la interpretación más favorable para la producción de efectos de la cláusula de responsabilidad hipotecaria respecto de las costas y gastos.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones 28 de mayo de 2014, 25 de enero y 21 de marzo de 2017 y 20 de marzo, 11 de junio y 14 y 28 de julio de 2020) que, en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que se fije en garantía de los intereses ordinarios y de demora que se puedan devengar, dentro de los límites legales imperativos (artículos 25 de la Ley 5/2019, 114, párrafos segundo y tercero, de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide la garantía parcial de la obligación principal. Habida cuenta del carácter accesorio y ocasional de las costas y los gastos, se admite que se fije globalmente una única cantidad máxima para todos los diversos conceptos de costas y gastos.

En el presente caso, ya de la interpretación literal de la cláusula debatida (cfr. artículo 1281 del Código Civil), al pactarse de modo expreso únicamente que «se modifica la hipoteca constituida, que garantizará a Unicaja Banco (...) del pago de (...) 533,46 euros más para costas y gastos», sin mención alguna a dos conceptos de gastos diferenciados frente a la referencia contenida en la escritura de constitución de la hipoteca originaria (responsabilidad hasta una cantidad máxima de 3.922,50 para costas y gastos; y hasta una cantidad máxima de 2.667,08 para responder del pago de las primas de seguro, contribuciones, tasas, arbitrios e impuestos satisfechos en razón de la finca hipotecada y gastos de comunidad), resulta inequívocamente que la hipoteca que es objeto de novación únicamente se extiende a un concepto global de «costas y gastos»; algo que queda también confirmado si se interpreta la cláusula duodécima en su conjunto, a la que, por cierto, se da una nueva e íntegra redacción respecto de la extensión de la responsabilidad hipotecaria (cfr. artículo 1282 del Código Civil). Y, por la necesaria valoración de las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efecto —sin comprender cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que pretenden contratar los interesados—, por la valoración conjunta de todas ellas, y por el entendimiento de las palabras en la acepción más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr. artículos 1283, 1284, 1285 y 1286 del Código Civil), aquella conclusión no puede quedar empañada por esa mera mención —tal vez errónea— a que alude la registradora (la cantidad de 7,85 euros de reducción de la inicial cobertura hipotecaria por conceptos accesorios), pues, como sostiene el recurrente, se trata de una aclaración —aunque más bien puede confundir— que no es inscribible.

Resolución de 12-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Málaga, número 1.

HIPOTECA: CLARIDAD EXIGIBLE A LA ESCRITURA DE CANCELACIÓN.

Por aplicación del principio de especialidad no cabe cancelar una hipoteca que consta con una ampliación si de la escritura de cancelación no resulta con claridad si el pago alcanzó a la totalidad del crédito.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo según la cual, la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, puesto que al Registro solo pueden acceder situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, por lo que no puede existir atisbo de duda acerca de cuáles sean los elementos esenciales del derecho real a inscribir, sin que pueda obligarse al registrador a hacer presunciones o deducciones al respecto. Esta misma doctrina es aplicable a los documentos que recojan la cancelación de dichos derechos.

En el caso de este expediente, no consta que la ampliación inscrita se haya configurado como una segunda hipoteca, antes, al contrario, reúne todas las condiciones para considerar que hipoteca inicial y ampliación son una misma hipoteca. Por todo lo anterior las cantidades de que responde la finca serán las finales resultantes de la ampliación, esto es de 120.000 euros de principal. En consecuencia y con independencia de la causa de la cancelación, que no es objeto de calificación por la registradora, la finca dejara de responder por dicha cantidad y no por la inicial.

En definitiva, no se sabe si se ha pagado sólo el préstamo garantizado o también sus ampliaciones, sin que resulte con claridad —frente a lo que sostiene el recurrente— que estemos ante una renuncia abdicativa de la propia hipoteca, lo cual en efecto incluiría sus ampliaciones.

Resolución de 12-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.

No procede la inscripción de la rectificación de cabida solicitada hasta que se aclaren las dudas de identidad entre la base gráfica propuesta y la finca registral.

Para resolver el presente, ha de partirse de la reiterada doctrina de esta Dirección General por la cual, el juicio de correspondencia entre la descripción de la finca y su georreferenciación con valor auxiliar de calificación, que figuran en el Registro y la descripción y georreferenciación incorporadas al título y cuya inscripción se solicita, es una decisión que compete exclusivamente al registrador, como declaró la Resolución de 23 de abril de 2018. Para que el juicio de correspondencia sea objetivo y razonado esta operación ha de consistir en la comparación que debe hacerse entre términos homogéneos, los recintos, como dice el artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo, de 28 de julio de 2021, la apreciación de si la representación gráfica aportada se corresponde con la misma porción de territorio que la finca registral es un presupuesto para la tramitación de los expedientes de rectificación de superficie y esta cuestión es objeto de calificación por la registradora. En la de 2 enero de 2020, se extendió esta doctrina a la apreciación de la correspondencia entre una finca registral y varias parcelas catastrales, como ocurre en el presente caso.

Por tanto, el juicio de falta de correspondencia efectuado por la registradora es formalmente correcto, pues es a la registradora calificante a quien corresponde efectuarlo y es coherente la decisión de suspender la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria hasta que se resuelvan esas dudas de correspondencia.

El juicio de identidad de la finca por parte de la registradora está motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin haberse utilizado expresiones genéricas. Y vistas estas dudas, pueden considerarse de tal entidad que, previsiblemente, no puedan subsanarse durante la tramitación del expediente, si no se adapta la descripción a la realidad física y jurídica, previamente, como declararon las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de septiembre de 2022 y 23 de enero de 2023, puesto que el exceso de cabida, cuya inscripción se solicita supone una alteración de la realidad física, que en su día fue amparada por el folio registral, que es el límite que tradicionalmente expresa esta Dirección General para inscribir los excesos de cabida.

Resolución de 12-7-2023

BOE 28-7-2023

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse la georreferenciación de una finca si se acreditan dudas sobre la identidad de la finca.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

Cuando el recurrente adquiere la finca esta ya tiene la georreferenciación inscrita y coordinada gráficamente con el Catastro, por lo que se presume que tiene la ubicación y delimitación gráfica que resulta del Registro. Y aunque, como ha declarado la resolución de esta Dirección General de 14 de septiembre de 2022, la base gráfica registral no es inalterable, pues puede modificarse cumpliendo los requisitos previstos por el Título VI para ello, ello tiene como límite la no alteración de la realidad física de la finca, manifestada por la modificación perimetral y superficial, que se acredita con la cartografía catastral histórica, que es de tal entidad que justifican las dudas de identidad del registrador calificante, como ocurría en el caso de la resolución citada.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la

finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca, por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En casos como el presente, tal señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, si la incorporación de la georreferenciación pretendida «fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente». Y resulta también de aplicación lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que «la desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél». También pueden los interesados acudir, si así lo estimaren conveniente, a la conciliación prevista en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 13-6-2023.

BOE 10-7-2023

Registro Mercantil de Barcelona, número XIV.

REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL A CIFRA INFERIOR A LOS 3000 EUROS DE SU CONSTITUCION. LEY 18/2022, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE CREACIÓN Y CRECIMIENTO DE EMPRESA.

SE REVOCA

La norma del art. 4.1 LSC tras la reforma introducida por la Ley CREA 18/2022 permite no solo la constitución de sociedades limitadas con un capital mínimo de 1 euro (con el régimen especial de reserva obligatoria y responsabilidad solidaria de los socios en caso de liquidación en tanto no se alcance un capital de 3000 euros) sino también la reducción de capital por debajo de 3000 euros, aplicándose el mismo régimen transitorio. Así se desprende de una interpretación literal y sistemática de los arts. 4.1, 5 y 363.1, f de la LSC). La función del capital

como cifra de retención en garantía de los acreedores queda garantizada con las reglas especiales transitorias del art.4 de la Ley.

No cabe, en este caso, la anotación preventiva por defecto subsanable de la escritura porque el objetivo de la misma sería dar mayor plazo al asiento de presentación para subsanar los defectos, y, en este caso, esto se ha conseguido con la interposición del recurso.

Resolución de 22-6-2023.

BOE 14-7-2023

Registro Mercantil de Madrid, número III.

CANCELACION DERECHO DE RESERVA DE DOMINIO: LEGITIMACIÓN Y FORMA.

SE CONFIRMA

El recurrente entiende que la inscripción a favor del arrendador financiero debe cancelarse por caducidad, pero no existe una norma que ampare dicha pretensión. A tenor del art. 22 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles las inscripciones o anotaciones se cancelan por solicitud del vendedor, financiador, arrendador o titular de la garantía con expresión de la causa que la motiva, siempre que no se perjudique a terceros; o, por resolución judicial. En este supuesto se rechaza la cancelación porque además de que no se ha utilizado el modelo oficial para este tipo de solicitudes, faltaría la firma y el sello del vendedor o financiador.

La ley hipotecaria sería aplicable de forma supletoria si hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 210.1. 8ª LH, que no es el caso.

Resolución de 26-6-2023.

BOE 14-7-2023

Registro Mercantil de Toledo, número I

IDENTIDAD DE LAS PERSONAS: DATOS A INDICAR EN LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES. OBJETO SOCIAL: CLAUSULA ESTATUTARIA Y LAS EXCEPCIONES.

SE REVOCA

Es reiterada la doctrina de la DG que indica que en términos generales las circunstancias relativas a la identidad de las personas que han de constar en las inscripciones registrales va en función de su espíritu y finalidad y no puede conducir a extender una exigencia adicional a casos innecesarios. En este supuesto no es necesario porque estamos ante una aportación dineraria del socio fundador para cubrir todo el capital social, por lo que el dato de su régimen económico matrimonial de separación de bienes resulta innecesario.

Por otro lado, es la definición estatutaria del objeto social la que determina la aplicabilidad de disposiciones especiales que prevén para el cumplimiento de

ciertos requisitos y no las actividades en él comprendidas llevadas a cabo posteriormente. La mera previsión de una actividad expresada en términos generales sin concurrencia de los elementos que configuran la sujeción a una norma especial no puede justificar la exclusión de aquella a no estar presentes en los supuestos de aplicación. (RDGSJFE de 5 de febrero de 2020 y 10 de noviembre de 2021 para los denominados servicios de inversión y de 29 de enero de 2014 para la actividad de inversión colectiva).

Resolución de 27-6-2023.

BOE 14-7-2023

Registro Mercantil de Ourense.

DOCUMENTO OBLIGATORIO: CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN DE CUENTAS Y EN CASO DE NO SER APROBADAS LAS CUENTAS UNA CERTIFICACIÓN DEL ORGANO ADMINISTRADOR QUE EXPRESE LA CAUSA DE LA FALTA DE DICHA APROBACIÓN O ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA QUE INDIQUE DICHA CAUSA.

SE CONFIRMA

No debe confundirse el depósito de cuentas con el procedimiento para evitar el cierre registral por falta de aquel:

a) El primero requiere que se acompañe a los documentos contables la certificación emitida por el administrador de aprobación de las cuentas y aplicación del resultado por la junta (arts. 279 y 280 LSC).

b) Para evitar el cierre por falta de depósito o reabrir la hoja cerrada por dicha causa debe acompañarse certificación de no aprobación de las cuentas o acta notarial de la junta de la que así resulte (art.378.5 RRM), sin que dicha certificación o acta de no aprobación permita el depósito acompañado de los correspondientes documentos contables.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Algunas cuestiones sobre la filiación, la identidad nacional y el derecho al “respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH en la jurisprudencia del TEDH

Some issues about filiation, national identity, and the right to “respect for private and family life” of art. 8 ECHR in the jurisprudence of the ECTHR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Se aborda el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ante la evolución de nuevas cuestiones surgidas en torno a la filiación. Nuevas realidades centradas no solo en el derecho de relación, contacto, comunicación o visitas entre menor y progenitor tras la ruptura familiar, sino ante alguna de las “nuevas” realidades de la familia, como es la adopción monoparental y el derecho al cambio de apellidos; o tras la determinación de la nueva paternidad y el necesario derecho de contacto con el que hasta ahora era considerado el progenitor, o, por el contrario, la nueva determinación de la paternidad y la continuidad de la convivencia con la madre y su marido que se consideraba padre del menor; sin olvidar la necesaria autoridad paternal de la persona con discapacidad... Cuestiones todas articuladas en torno al artículo 8 del Convenio

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

Europeo de Derechos Humanos, donde el respeto a la vida privada y familiar se enfoca hacia la consecución del interés superior del menor.

ABSTRACT. The analysis of the latest jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) is addressed in view of the evolution of new issues that have arisen around filiation. New realities focused not only on the right of relationship, contact, communication or visitation between the minor and the parent after the family breakup, but also on some of the “new” realities of the family, such as single-parent adoption and the right to change surnames; or after the determination of the new paternity and the necessary right of contact with the one who until now was considered the parent, or, on the contrary, the new determination of the paternity and the continuity of the coexistence with the mother and her husband who considered the child’s father; without forgetting the necessary parental authority of the person with disabilities... All issues articulated around article 8 of the European Convention on Human Rights, where respect for private and family life is focused on achieving the best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Identidad nacional. Derecho al “respeto a la vida privada y familiar”. CEDH. Jurisprudencia del TEDH

KEYWORDS: *Filiation. National identity. The right to “respect for private and family life”. ECHR. Jurisprudence of the ECTHR*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: IDENTIDAD NACIONAL Y FILIACION.— II. DERECHO DE RELACIÓN, DE COMUNICACIÓN Y DE VISITAS ENTRE PADRES Y MENORES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.: 1. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRE E HIJA Y ENFERMEDAD MENTAL. 2. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE CONTACTO CON SU HIJO PESE A TENER UN DERECHO DE VISITAS MUY AMPLIO. 3. EL DERECHO DE VISITAS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A SER ESCUCHADOS. 4. EJECUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DE U HIJO NACIDO FUERA DEL MATRIMONIO.—II. LA AUTORIDAD PARENTAL: SU RESTRICCIÓN A UN PROGENITOR COMO CONSECUENCIA DE SU DISCAPACIDAD. —III. CUSTODIA DE MENORES: REGRESO DE MENORES CON SU PADRE CONTRA SU VOLUNTAD.—IV. RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA PATERNIDAD: SU ANULACIÓN A PETICIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO DEL NIÑO NO VIOLA LA CONVENCION.—V. IMPOSICIÓN AL HIJO DEL APELLIDO DE LA MADRE ADOPTIVA CON EXCLUSIÓN DEL DE LA BIOLÓGICA.—VI. EXCLUSIÓN DEL PADRE NO BIOLÓGICO DE LA VIDA DEL NIÑO TRAS LA DETERMINACIÓN DE SU FALTA DE PATERNIDAD.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: IDENTIDAD NACIONAL Y FILIACION

Iniciamos estas líneas desde la perspectiva de la idea de identidad constitucional, identidad nacional que según la doctrina constitucional es, “un concepto que trata de garantizar la Constitución en su conjunto, preservando sus aspectos esenciales frente a posibles reformas constitucionales.”¹

El art. 4, 2 del TUE, afirma que “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, ...”, y ha sido la doctrina del TJUE la que ha concretado que dicha “identidad constitucional” tiene como *contenido positivo dotar de contenido al concepto de valores constitucionales compartidos*, pero también tiene un *contenido negativo, de autolimitación de los órganos europeos*, en relación con las estructuras fundamentales de los Estados miembros.

Así pues, resulta interesante conocer cuál es nuestra identidad nacional en relación con la filiación en el marco de las posibles vulneraciones del respeto a la vida privada y familiar. El principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros se encuadra en el TUE como el diálogo entre las distintas Cortes Constitucionales de los Estados miembros sin olvidar el núcleo esencial de la Constitución considerada en su conjunto. No debe perderse de vista que el alcance de la identidad constitucional nacional que las instituciones europeas deben respetar no es una competencia exclusiva del Estado miembro, si no que como vamos a ver debe permitirse la integración y el ejercicio de las competencias de la UE, sin lesionar los estándares de los derechos fundamentales dentro de ese Estado, si eventualmente fueran superiores a los de la UE.

La materia de filiación está presidida por dos principios fundamentales, como son el principio de igualdad entre los hijos, que nace no solo del 14 CE referido en general a la igualdad, sino también por el 39.2 CE que precisa que «los hijos son iguales con independencia de su filiación» desterrándose el concepto de hijo ilegítimo. El segundo principio es el referido a la libre investigación de la paternidad al señalar el 32.2 CE que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Pues bien, ambos apenas plantean ya problemas pues los matices surgen en otros ámbitos tales como el derecho de relación o a la comunicación entre padres e hijos o el derecho de visitas, la importancia de la vulnerabilidad de las personas con trastornos de salud mental, o de la discapacidad del progenitor; la custodia de menores y el derecho a decidir de los menores, los problemas que surgen de la adopción monoparental, la nueva situación del “padre” tras la determinación de su falta de paternidad y su exclusión... cuestiones que en nuestro derecho están claramente definidos y donde la jurisprudencia es clara al respecto, pero en los países de nuestro entorno aún no, y así lo ha considerado el TEDH como vamos a analizar.

La evolución de la familia, de la paternidad y del derecho de menores, conectado todo con el principio del interés superior del menor; ha originado cuestiones nuevas. En el ámbito del necesario respeto a la vida privada y familiar, reconocido por el CEDH, en su artículo 8, el TEDH interpretador del mismo, además debe garantizarlo en relación con las realidades familiares modernas, teniendo en cuenta los diversos caracteres socioculturales de los diferentes ordenamientos jurídicos, a fin de que el Convenio siga siendo un instrumento vivo.²

El TEDH como interpretador del Convenio no puede suplantar la voluntad de los Estados por lo que utiliza el *principio del margen de apreciación*, que no es más que el grado de discrecionalidad que tiene cada estado miembro para resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre derechos individuales contrapuestos. Y ello porque todas las cuestiones

relativas al derecho de familia en general, tienen una carga moral que origina que haya variaciones en cada uno de los países.

En resumen, el TEDH mediará entre la interpretación evolutiva y la doctrina del margen de apreciación a fin de lograr un *consenso europeo*.

II. DERECHO DE RELACIÓN, DE COMUNICACIÓN Y DE VISITAS ENTRE PADRES Y MENORES Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El primer grupo de problemas que se plantean ante el TEDH, en relación con la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar surgen en relación con el derecho de relación, de comunicación y de visitas entre padres y menores tras la ruptura familiar; o incluso de la ejecución del derecho de relación de un hijo nacido fuera del matrimonio que convive en él.

En nuestro ordenamiento jurídico se regula este derecho en los arts. 90, 94 y 160 CC, teniendo en cuenta que el derecho de relación, comunicación, contacto, visitas tiene como protagonista el interés superior del menor; y se otorga no sólo al progenitor no custodio³, sino también a los hermanos y a los abuelos⁴, y, si existe justa causa, a parientes y allegados.⁵

1. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRE E HIJA Y ENFERMEDAD MENTAL

La STEDH de 18 de febrero de 2020,⁶ aborda el estudio de un problema presentado por el padre demandante, llamado Marcel-Dan Cînța, que solicitó que su hija de 4 años pudiera, o bien vivir con él durante el proceso de divorcio de su mujer, o que se le permitiera establecer contacto con ella de forma regular en su casa. Tanto él como su mujer habían tenido problemas de salud mental, sin embargo, en el momento del divorcio, la mujer ya los había superado. Un tribunal de Rumanía en septiembre de 2018 le permitió tener contacto con ella, en determinadas horas y días, en sitios públicos y siempre con la presencia de la madre, ya que el informe médico demostró que el demandante *sufría de una enfermedad mental crónica*, con brotes de agresividad, tanto físicos como psicológicos. No obstante, el demandante interpuso un recurso ante el Tribunal del Condado de Maramures alegando que el tribunal se había basado exclusivamente en su enfermedad mental de forma subjetiva y parcial y afirmando que nunca había ejercido violencia hacia su hija ni hacia su mujer, el cual desestimó el recurso, considerando que las pruebas médicas, las varias declaraciones y la actitud del demandante hacia la madre de la niña justificaban las restricciones al contacto impuestas.

¿Pero qué determinó el TEDH? El Tribunal concretó que era evidente que las decisiones de los tribunales de Rumanía supusieron un obstáculo al derecho del Sr. Cînța al respeto a su vida privada, a pesar de que eran conformes con la ley y que fueron tomadas con el objetivo de proteger los derechos de otras personas, pero, y esto es lo más interesante, el TEDH también examinó *si habían cumplido el criterio de ser "necesarias en una sociedad democrática"*.

El TEDH acepta que la enfermedad mental puede ser un factor relevante que debe tenerse en cuenta al evaluar la capacidad de los padres para cuidar de su hijo,

pero añade que los tribunales internos deben proporcionar razones suficientes para tener en cuenta la enfermedad mental del solicitante en su evaluación y se remite al caso (K. and T. v. Finland).⁷

El TEDH afirma que la comunidad internacional ha evolucionado hacia una mejor y más coherente protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales y discapacidades mentales al fomentar el respeto por su igualdad, dignidad e igualdad de oportunidades, pues *deben recibir la asistencia adecuada del Estado en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos, y los niños no deben ser separados de sus padres sin una revisión judicial adecuada del asunto por parte de autoridades competentes*. Además, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que es parte el Estado demandado, reconoce a las personas con discapacidad como sujetos plenos de derechos y como titulares de derechos. Y, reconoce que las personas con enfermedades mentales representan un grupo vulnerable cuyos derechos requerían una consideración especial por parte de las autoridades estatales (B. c. Rumania n.º 1285/03⁸).

Concluye el TEDH que *se había limitado una correcta evaluación del Sr. Cînța* por los tribunales de su país ya que la restricción de contacto no se basaba en ninguna prueba que demostrase su incapacidad de cuidar de su hija, sino que simplemente había sido impuesta dada su enfermedad mental sin que fueran corroboradas por declaraciones que afirmaran que el Sr. Cînța pudiera suponer una amenaza para la niña. Además, un informe del centro de salud mental afirmaba que el demandante se había estado tomando su medicación correctamente y que su enfermedad no se había agravado. Y no se le permitió presentar ninguna prueba para probar que su enfermedad no representaba ningún peligro para la seguridad de su hija ya que los tribunales no encargaron nuevos informes sobre él.

El demandante fue percibido como una amenaza debido a su enfermedad mental sin tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y la situación familiar. *A este respecto, el caso difiere de la situación examinada por el Tribunal en S.S. c. Eslovenia*,⁹ en el que se despojó a la demandante de su patria potestad no sobre la base de su diagnóstico psiquiátrico, sino de su consiguiente incapacidad para cuidar del niño, que había sido confirmado por todos los informes de expertos producidos en el procedimiento.

En resumen, al comparar el TEDH casos similares, señaló que los tribunales hicieron una distinción en el supuesto del Sr. Cînța, basada en su estado de salud mental¹⁰ y determinó que, existía discriminación, y, por consiguiente, se había producido una violación del artículo 14, relativo a la prohibición de la discriminación, en relación con el artículo 8.

2. LIMITACIÓN DEL DERECHO DE CONTACTO CON SU HIJO PESE A TENER UN DERECHO DE VISITAS MUY AMPLIO

En la STEDH de 17 de febrero de 2016, caso Bondavalli contra Italia¹¹ se establece por el Estado demandado la incapacidad del demandante para ejercer plenamente su derecho de contacto con su hijo a causa de los informes negativos de los servicios sociales de Scandiano, con los que la madre tenía vínculos profesionales. El demandante denunció al Tribunal de Menores de Bolonia que no había ejercido

una supervisión regular del trabajo de los servicios sociales. Y ello porque a pesar de la decisión del Tribunal de Menores de Bolonia que le concedió un derecho de visita muy amplio, el demandante solo pudo ejercer este derecho de forma muy limitada debido, por un lado, a informes negativos de los servicios sociales, que formaban parte de la misma estructura administrativa en la que ejercía la madre del niño como psiquiatra, y, por otra parte, un informe pericial realizado por un psiquiatra con estudios de fin de carrera pasantía con ella.

El demandante denunció en reiteradas ocasiones la parcialidad del psiquiatra y de los servicios sociales, y solicitó a los tribunales que encomendara su propia atención psicológica y la de su hijo a otros servicios sociales, así como ordenar la finalización de una nueva experiencia por un médico imparcial. Los tribunales internos, desestimaron su recurso por considerar que sus argumentos estaban vinculados a su estado psíquico. Posteriormente, sobre la base del informe pericial elaborado por los servicios sociales de Scandiano, los tribunales internos prohibieron cualquier contacto telefónico entre el demandante y su hijo y, posteriormente, suspendieron las reuniones. Aunque luego se reanudaron de manera muy limitada.

El TEDH observa que la existencia de un vínculo entre la madre del niño, los servicios sociales y el psiquiatra encargado de redactar el informe pericial sobre la familia era evidente ya que tenían vínculos profesionales y afirmó que los tribunales nacionales deberían en beneficio del menor haber atendido las solicitudes del demandante, designando a otro experto —independiente e imparcial— o que se hubiera encomendado el seguimiento del niño a los servicios sociales de otro municipio.

En resumen, los tribunales nacionales no tomaron ninguna medida apropiada para crear las condiciones necesarias para la plena realización del derecho de visita del padre del niño, por lo que declaró la violación del artículo 8 CEDH. Y ello porque, a pesar de varias solicitudes presentadas por el demandante y de varias evaluaciones realizadas por él, según las cuales no padecía ningún problema psicológico, los tribunales nacionales habían seguido confiando el control de su derecho de contacto a los servicios sociales del municipio de Scandiano. Y, tras las consecuencias irremediables del paso del tiempo en la relación entre el hijo y su padre, el TEDH considera que corresponde a las autoridades nacionales reexaminar oportunamente el derecho de contacto de la demandante, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

3. EL DERECHO DE VISITAS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A SER ESCUCHADOS

La STEDH de 11 de enero de 2017 caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España¹² analizó, en un procedimiento de divorcio durante el cual la demandante solicita que se practique la prueba de exploración judicial de sus hijos menores de edad, por lo que el juez ordena una entrevista de los menores con un equipo de psicólogos ligado al Tribunal. Posteriormente, fueron los propios menores quienes se dirigieron al Tribunal reclamando ser escuchados, hecho al que el juez no da ninguna respuesta. La exploración judicial nunca llegará a producirse, declarándose improcedentes los recursos presentados a este respecto.

La Corte reitera que no le corresponde conocer de los errores de hecho o de derecho que pueda haber cometido un tribunal interno, salvo si se han vulnerado los derechos y libertades protegidos por la Convención. En lo que respecta en particular a la audiencia de los niños por un tribunal, el Tribunal consideró que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales siempre están obligados a escuchar a un niño ante un tribunal cuando está en juego el derecho de visita del niño. No obstante, conforme a la legislación española en caso de juicio de divorcio contencioso, y si se estima necesario, los hijos menores deben ser oídos por el juez si son capaces de discernir y, en todo caso, los menores mayores de edad de 12 años. En todo caso, cuando el menor pida ser oído, la negativa deberá justificarse.

En el presente caso la señora Iglesias Casarrubios exigió, desde el inicio del proceso de divorcio, que los menores fueran oídos tanto en el marco de la oposición a la demanda de divorcio como de los recursos de apelación.¹³ El TEDH No ve ninguna razón por la que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor que entonces tenía más de 12 años, *no haya sido solicitada directamente por el tribunal de primera instancia en el contexto del proceso de divorcio, como así lo exigía la legislación interna*. Tampoco ve el Tribunal razón alguna que justifique que el juez de instrucción *no dicte una decisión motivada, en el marco del mismo proceso, sobre la solicitud de la hija menor del demandante de ser oída por él, como lo exigía la ley*.

En conclusión, la negativa a oír a la menor —mayor de 12 años—, así como la ausencia de motivo alguno para rechazar las pretensiones de los menores de ser oídos directamente por el juez que iba a decidir sobre el régimen de visitas de su padre conlleva que a la señora Iglesias Casarrubios se le privó indebidamente de su derecho a que sus hijos menores fueran oídos personalmente por el juez. Por ello, los tribunales nacionales no garantizaron a la demandante su derecho a un juicio justo, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, en relación con el art. 8 CEDH.

Claramente el tribunal entiende que aquí ha habido un error de hecho o de derecho por parte del tribunal interno, lo cual ha ocasionado la vulneración de derechos y libertades protegidos por la Convención que repercute en el derecho fundamental a la vida familiar.

4. EJECUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIÓN DE UN HIJO NACIDO FUERA DEL MATRIMONIO

La STEDH de 15 de abril de 2015 caso Kuppinger contra Alemania¹⁴ aborda el supuesto en que el padre de un hijo nacido fuera del matrimonio no puede tener contacto con su hijo por impedirlo la madre pese a ser sancionada por las autoridades y haber pagado todas las multas.

Es doctrina del TEDH que el disfrute entre padres e hijos de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la “vida familiar” en el sentido del artículo 8 del Convenio y aunque el objeto principal del artículo 8 es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar, como es la obligación de las autoridades nacionales de facilitar la reunión entre ambos, te-

niendo en cuenta que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el progenitor que no conviven.

El TEDH debe determinar si las autoridades nacionales han tomado todas las medidas necesarias para facilitar la ejecución de la orden de visita, tras los impedimentos impuestos por la madre. Incluso analizar si debieron haber impuesto sanciones más severas a fin de cambiar la postura general de la madre con respecto a los derechos de contacto del solicitante.

En cuanto a la *celeridad del procedimiento de ejecución*, el Tribunal observa que el procedimiento duró más de diez meses teniendo en cuenta la especial urgencia del asunto. Por todo ello, teniendo en cuenta los hechos del caso, el transcurso del tiempo, el interés superior del niño,¹⁵ los criterios establecidos en su propia jurisprudencia y los planteamientos de las partes, la Corte, sin perjuicio del margen de apreciación del Estado, concluye que las autoridades alemanas no han realizado esfuerzos adecuados y efectivos para ejecutar la orden de contacto y que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

II. LA AUTORIDAD PARENTAL: SU RESTRICCIÓN A UN PROGENITOR CONSECUENCIA DE SU DISCAPACIDAD

En la STEDH de 12 de septiembre de 2016 caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia¹⁶ los demandantes —padre e hija— denunciaron la restricción de la autoridad parental del padre por su discapacidad.

El TEDH establece la desproporcionalidad de las medidas restrictivas aplicadas por las autoridades internas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece el estándar relativo a la necesidad de proteger a las personas con discapacidad del trato discriminatorio. Además, con respecto a los derechos de los padres, la CDPD establece en su artículo 23 que los Estados Partes deben brindar la asistencia adecuada a las personas con discapacidad en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos. Además, confirma explícitamente que ningún niño debe ser separado de sus padres sobre la base de una discapacidad del niño o de uno o ambos padres.¹⁷

El padre demostró que no había indicios objetivos de negligencia, abuso o peligro inmediato para el niño, y mostró su preocupación por el bienestar de la niña y su voluntad de cooperar con las autoridades nacionales incluso proponiendo una transferencia gradual de la menor a su cuidado para evitar causarle estrés innecesario. Sin embargo, las autoridades nacionales no impusieron ninguna medida menos invasiva con respecto a la restricción de la patria potestad ni hicieron ningún esfuerzo para proporcionar al padre la “asistencia adecuada” requerida por la CDPD.¹⁸

Por consiguiente, el TEDH declara la violación del artículo 8 CEDH, ya que las razones invocadas por los tribunales rusos para restringir la autoridad parental originó una injerencia en la vida familiar de los demandantes, y además, fue una medida desproporcionada con respecto al objetivo legítimo perseguido.

III. CUSTODIA DE MENORES: REGRESO DE MENORES CON SU PADRE CONTRA SU VOLUNTAD

La STEDH de 2 de febrero de 2016, en el caso N. Ts. contra Georgia¹⁹ estudió el supuesto de un procedimiento de retorno con un padre de tres menores que habían estado viviendo con la familia materna desde la muerte de su madre. Se alega que las autoridades nacionales no habían evaluado el interés superior de los menores, y que habían existido errores en el curso del proceso.

El TEDH reitera que el disfrute de la mutua compañía entre hijos y padres constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH cuyo objeto esencial es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas. Las obligaciones positivas inherentes a un efectivo “respeto” a la vida familiar incluye el derecho de los padres a que se tomen medidas que les permitan reunirse con sus hijos y la obligación por parte de las autoridades nacionales de tomar tales medidas. Medida para facilitar el reencuentro que no es absoluta: El reencuentro de un progenitor con un hijo que ha vivido durante algún tiempo con otras personas puede no tener lugar inmediatamente y puede requerir que se tomen medidas preparatorias a tal efecto, que dependerán de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todos los interesados siempre serán un ingrediente importante, donde el interés superior del niño debe ser la consideración primordial.²⁰

El Tribunal ya ha sostenido que a medida que los niños maduran se vuelven capaces de formular sus propias opiniones sobre el contacto con sus padres y que, los tribunales deben tener en cuenta sus puntos de vista y sentimientos y, sobre todo, su derecho al respeto de su vida privada. En el presente caso, ninguno de los tres niños fue oído personalmente por ninguna de las instancias judiciales. Los demandantes alegaron sobre la base del artículo 81 del CPP que, al menos en lo que respecta al niño mayor, se había violado su derecho a ser oído por los jueces. El Gobierno, por su parte, sostuvo que el artículo 81 del CPP no pretendía implicar la participación directa obligatoria de los niños mayores de siete años en los procesos que les afectaban. En cualquier caso, teniendo en cuenta los estándares internacionales pertinentes, el TEDH no comprende por qué los tribunales internos no consideraron la posibilidad de involucrar directamente al niño mayor en el proceso ni dieron las razones para no escucharlo.

En cuanto a si los tribunales nacionales tuvieron en cuenta el interés superior de los niños, hay que señalar que el punto de vista de los tribunales nacionales era que lo mejor para los niños sería reunirse con su padre, y que la familia materna estaba influyendo negativamente en los niños. Sin embargo, al hacer su propia evaluación del interés superior, no consideraron que los niños no querían reunirse con su padre (independientemente del papel manipulador desempeñado por la familia materna). Los psicólogos se refirieron al peligro potencial para la salud psicológica de los niños en caso de su regreso forzado con su padre. De modo que ordenar una medida tan radical sin una transición adecuada y unas medidas preparatorias destinadas a ayudar a los niños y a su padre a reconstruir su relación es contrario al interés superior de los menores.

En conclusión, el TEDH declara que se ha violado el artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos primero porque constata que los niños no habían

sido debidamente representados ante los tribunales nacionales, en particular porque las funciones y facultades de la autoridad nacional designada para representarlos no habían sido claramente definidas. Por otro lado, los tribunales no habían escuchado en persona al mayor de los hijos. Ni habían hecho una evaluación adecuada del interés superior de los menores, pues no se había tenido en cuenta su estado de ánimo emocional.

IV. RECONOCIMIENTO FORMAL DE LA PATERNIDAD: SU ANULACIÓN A PETICIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO DEL NIÑO NO VIOLA LA CONVENCION.

La STEDH de 14 de enero de 2016 caso Mandet contra Francia ²¹ analizó la denuncia de los demandantes, (la madre, su marido y el menor) en torno a la anulación del reconocimiento de la paternidad y la anulación de la legitimación del niño. Consideraron que las medidas eran desproporcionadas, habida cuenta del interés superior del menor, exigiendo que la relación legal entre padres e hijos, establecida durante varios años, continuase.

El Tribunal observa que los tribunales nacionales otorgaron al menor el apellido de su madre, declararon que el Sr. Glouzmann era su padre biológico y se concretó con él el derecho de visita y alojamiento. Al anular la relación padre-hijo que tenía con el marido de la madre los tribunales nacionales, en términos legales, cambiaron uno de los elementos importantes de la estructura familiar en la que había estado viviendo durante varios años, y lo reemplazaron con otro vínculo de filiación paterna.²²

El TEDH indica que la vida privada del artículo 8 del Convenio, se refiere no solo de la identidad física sino también social del individuo pues *el reconocimiento supone la extinción de un vínculo de filiación que afecta directamente a la identidad del hombre o de la mujer de cuya filiación se trata*. Además, como medio de identificación personal y apego a una familia, el nombre de una persona se refiere a su vida privada y familiar. Las medidas decididas en el presente caso estaban destinadas a proteger los derechos del Sr. Glouzmann, quien, como demandante ante los tribunales nacionales, pretendía que se reconociera su paternidad.

El alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados partes varía según las circunstancias, las zonas y el contexto. *El TEDH sostiene que suele restringirse cuando está en juego un aspecto importante de la existencia o la identidad de una persona al tratarse de la filiación. Otra cuestión es determinar el estatus legal del niño cuando se trata de decidir cuestiones relativas a los derechos relativos al mantenimiento del vínculo entre un niño y un padre.*

Infirió de este elemento y, en particular, de la falta de consenso entre los Estados partes sobre la cuestión, que la decisión sobre si debe permitirse a un individuo impugnar la paternidad legalmente establecida de un niño por quien cree que es el padre biológico entra dentro del margen de apreciación de esos Estados. Y que el margen de apreciación es importante cuando se trata de equilibrar los derechos fundamentales en conflicto de dos personas. Pero las decisiones del Estado no escapan al control del TEDH, a quien le corresponde examinar los argumentos tomados para llegar a la solución adoptada y determinar si se ha logrado un justo

equilibrio entre los intereses involucrados teniendo en cuenta que debe primarse el interés superior del niño.

El hecho es, en términos de proporcionalidad, que el procedimiento interno y las decisiones relativas a la filiación y el nombre del marido de la madre; y, al derecho de acceso y alojamiento del Sr. Glouzmann fueron tales que perturbaron la vida privada y familiar del menor al ocurrir durante su infancia y adolescencia (tenía ocho años y medio cuando se interpusieron los tribunales internos, unos doce años a la fecha de la sentencia de primera instancia y unos quince años a la de la sentencia de casación). No obstante, cabe señalar que, dado que los tribunales nacionales habían encomendado el ejercicio de la patria potestad a la madre, sus decisiones no impidieron al menor seguir viviendo cotidianamente dentro de la familia formada por su madre y su marido.

En conclusión, no hubo violación del artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar) ya que las decisiones de los tribunales franceses protegieron el interés superior del menor quien consideraba que el marido de su madre era su padre, aunque sus intereses residían primordialmente en conocer la verdad sobre sus orígenes. Esta consideración no equivale a favorecer indebidamente los intereses del padre biológico sobre los del niño, sino a sostener que los intereses del niño y del padre biológico se superponen parcialmente. También cabe señalar que, habiendo otorgado la responsabilidad parental a la madre, las decisiones de los tribunales franceses no habían impedido que el niño continuara viviendo como parte de la familia Mandet, de conformidad con sus deseos.

V. IMPOSICIÓN AL HIJO DEL APELLIDO DE LA MADRE ADOPTIVA CON EXCLUSIÓN DEL DE LA BIOLÓGICA

La STEDH de 20 de abril de 2015, caso *Affaire Gözümlü contra Turquía* estudia el supuesto de la denegación de la solicitud de la demandante, como madre adoptiva única, para que apareciera su propio nombre en los documentos personales de su hijo adoptado, en lugar del de la madre biológica del niño. En particular, la demandante alega que las normas de derecho civil turco, tal como se le aplicaron en el momento de presentar la solicitud, habían infringido su derecho a respeto por la vida privada y familiar.²³

El TEDH reitera que el artículo 8 no sólo obliga al Estado a abstenerse de injerencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas, a este compromiso más bien negativo pueden agregarse obligaciones positivas que implican la adopción de medidas tendientes al respeto de la vida privada y/o familiar. Esta obligación positiva del Estado puede implicar la creación de un marco legislativo que establezca un mecanismo judicial y de ejecución destinado a proteger tanto los derechos de las personas: como la implementación, en su caso, de medidas específicas.

La Corte considera adecuado analizar el presente supuesto como un caso relativo a las obligaciones positivas del Estado de garantizar el respeto efectivo de la vida privada y familiar a través de sus autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales. El derecho civil turco reconocía el derecho de los adoptantes a dar su

apellido a su hijo adoptivo, pero no preveía ningún marco normativo en cuanto al reconocimiento en el caso de adopción monoparental.

Según el Gobierno, no se trataba de un vacío en la ley: el legislador turco había dejado abierta a sabiendas la cuestión planteada permitiendo así a los jueces evaluar las circunstancias de cada caso, y ello, con el único fin de proteger los derechos de los padres naturales y de los hijos adoptivos no emancipados, así como mantener la relación de filiación biológica, “la autenticidad del linaje” y, en consecuencia, los vínculos de sucesión.

La Corte no niega que, en este tipo de casos, pueden existir intereses de difícil conciliación: los de la madre biológica, los del niño y los de la familia adoptiva, y el interés general; también reconoce que, en la búsqueda de un equilibrio entre estos diferentes intereses, el Estado goza de un cierto margen de apreciación, pero cabe señalar que, en todos los casos, debe primar el interés superior del niño. Margen de apreciación así definido que coincide con el poder discrecional supuestamente conferido a los tribunales civiles turcos con respecto a la conciliación de los diversos intereses personales que subyacen en las adopciones monoparentales. La Corte concreta que no le corresponde sustituir a estos tribunales, sino examinar, desde la perspectiva de la Convención, las decisiones que éstos hayan dictado en ejercicio, precisamente, de dicha facultad discrecional.

Específicamente, en este caso los jueces de todas las instancias no tomaron siquiera nota del motivo que la demandante había invocado de las normas interpretativas derivadas del 1 CC, que les obligaba a subsanar la deficiencia observada en la ley de manera que se protegieran los intereses contrapuestos vinculados a la adopción de la menor. A su juicio, el equilibrio que el legislador turco debía lograr entre los intereses de los niños, los de sus padres naturales y los de los adoptantes solteros requería que se otorgara una importancia específica a las obligaciones positivas derivadas del artículo 8, de modo que estuviera incluido en un marco claramente establecido en el ordenamiento jurídico interno, a fin de permitir evaluar la proporcionalidad de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales.

En resumen, el TEDH declara que se ha violado el artículo 8 CEDH constataando que la protección del derecho civil había sido insuficiente en relación con las obligaciones contraídas por Turquía con arreglo al artículo 8. Concretamente, *se señala que se había producido un vacío en el derecho civil turco en relación a la adopción monoparental, ya que en el momento en que la demandante había formulado su demanda, no existía un marco reglamentario claro que permitiera a la adoptante imponer su apellido al hijo, con exclusión del de la madre natural.*

VI. EXCLUSIÓN DEL PADRE NO BIOLÓGICO DE LA VIDA DEL NIÑO TRAS LA DETERMINACIÓN DE SU FALTA DE PATERNIDAD

La STEDH de 16 de octubre de 2015 caso Nazarenko contra Rusia²⁴ versa sobre exclusión del progenitor de la vida de su hija cuando, tras descubrirse que él no era el padre biológico, se le *privó del contacto con ella y de la capacidad de defender sus intereses ante los tribunales.*

El TEDH declara que se ha violado el artículo 8 CEDH y ello porque las autoridades rusas no habían posibilitado mantener los lazos familiares entre el deman-

dante y la menor, teniendo en cuenta que ambos habían desarrollado un estrecho vínculo emocional durante cinco años y que ellos mismos se veían como padre e hija. No se tiene en cuenta el interés superior de la menor lo que constituyó la violación, *pues los Estados deberían verse obligados a examinar caso por caso si el interés superior del niño es mantener el contacto con una persona, con la que se esté, o no, biológicamente, relacionada.*

Comienza el TEDH señalando que la noción de “vida familiar” del artículo 8 CEDH no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos “familiares” de facto. Aunque, por regla general, la cohabitación puede ser un requisito para tal relación. Cuando se ha establecido la existencia de un vínculo familiar, el Estado debe permitir que se mantenga dicho vínculo, y las medidas internas que impiden dicho disfrute equivalen a una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 CEDH. Aunque *el objeto principal del precepto es proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar que pueden implicar la adopción de medidas encaminadas a asegurar dicho respeto de la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre las personas.*

Entre estas medidas positivas se incluye el derecho de los padres a la adopción de medidas tendentes a la reunificación con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales a posibilitarlas. Obligación aplicable también a los casos en los que surgen disputas sobre el contacto y la residencia de los niños entre los padres y/u otros miembros de la familia de los niños. Siempre buscando un *justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto* donde el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación. El artículo 8 exige que las autoridades nacionales logren un justo equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres y que, en el proceso de equilibrio, se dé una importancia primordial al interés superior del niño.

VII. CONCLUSIONES

I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como interpretador del Convenio y mediador en el *consenso europeo* lleva a cabo una labor prudente y más en el ámbito específico de las relaciones filiales dónde cada estado miembro tiene una percepción distinta atendiendo a la realidad sociocultural existente en su país.

Su papel es interpretar el artículo 8 del CEDH, referido al respeto a la vida privada y familiar bajo el prisma del interés superior del menor, analizando cada caso concreto y examinando como la relación filial se adapta a las nuevas exigencias de la sociedad europea. De este modo, en todos las cuestiones examinadas se imponen nuevos estándares sociales y legales que originan una evolución del Tribunal, y lo hace basándose en las obligaciones positivas que incluso en algunos casos sugiere la necesidad de readaptar el derecho interno. Sin olvidar, que los derechos de la Convención enfatizan valores que la sociedad europea considera esenciales para todos los estados miembros.

Las cuestiones que se han tratado hacen que el TEDH haya aceptado nociones y prácticas de la relación de filiación muy diferentes, o incluso inexistentes en el momento en que se redactó el Convenio.

Surgen así ventajas para la relación de filiación (que en la práctica repercuten tanto para progenitores, nuevos padres, menores) donde el cuidado del menor en beneficio de su interés se potencia en virtud del grado de interés y compromiso hacia el menor:

II. Partimos de que la “identidad constitucional”, identidad nacional, tiene como contenido positivo dotar de contenido al concepto de valores constitucionales compartidos, pero también tiene un contenido negativo, de autolimitación de los órganos europeos, en relación con las estructuras fundamentales de los Estados miembros.

¿Cuál es nuestra *identidad nacional* en relación con la filiación en el marco de las posibles vulneraciones del respeto a la vida privada y familiar? La misma se va moldeando a través del diálogo entre nuestros tribunales y los tribunales europeos, en su integración y ejercicio de las competencias de la UE y el derecho fundamental del respeto a la vida privada y familiar del art. 8. También resulta útil nuestro estudio para conocer si el estándar de este concreto derecho fundamental es en nuestro país eventualmente superior a los de la UE.

Del estudio realizado vemos que, frente a ciertos países de nuestro entorno, en nuestro ordenamiento no sólo se siguen los estándares europeos, sino que nuestro país es uno de los más avanzados, al resolver cuestiones relativas a problemas actuales, conforme a los derechos humanos, siendo en determinados ámbitos superiores a los estándares y a los criterios europeos. Los fallos, las grietas surgen de la aplicación de los derechos reconocidos, como el supuesto del derecho de los menores a ser oídos y escuchados, en un proceso de inicio de relaciones con el progenitor, por ejemplo.

El *margen de apreciación* es importante cuando se trata de equilibrar los derechos fundamentales en conflicto de dos personas. Pero las decisiones del Estado no escapan al control del TEDH, a quien le corresponde examinar los argumentos tomados para llegar a la solución adoptada y determinar si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses involucrados teniendo en cuenta que debe primarse el interés superior del niño. Por ejemplo, entra dentro del margen de apreciación de los estados la impugnación de la paternidad de un padre que cree que es el biológico, pero el TEDH examinará si el tribunal interno ha tenido en cuenta el interés superior del menor en relación con la coordinación de los intereses de todas las partes y alcanzar un justo equilibrio entre todos ellos. Determinar el status legal del menor es importante para determinar el mantenimiento del vínculo entre ambos: menor y progenitor.

También el TEDH concreta *cuales son las obligaciones positivas de los estados, cuando éstos deben establecer un marco regulatorio hasta el momento inexistente*, por ejemplo, el supuesto en el que el derecho civil reconocía el derecho de los adoptantes a dar su apellido a su hijo adoptivo, pero no preveía ningún marco normativo en cuanto al reconocimiento en el supuesto de la adopción monoparental.

El TEDH también se esfuerza por determinar nuevas relaciones entre personas dentro del marco del art. 8, siempre teniendo presente al menor, y así es como llegamos a lo que en nuestro ordenamiento jurídico conocemos como allegados. Sobre la base de que el art. 8 tiene como objeto principal proteger al individuo contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, existen, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida familiar que pueden

implicar la adopción de medidas encaminadas a asegurar dicho respeto de la vida familiar, incluso en el ámbito de las relaciones entre las personas. Obligación positiva del Estado aplicable también a los casos en los que surgen disputas sobre el contacto y la residencia de los niños entre los padres y/u otros miembros de la familia de los niños. Siempre buscando un *justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto* donde el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación.

III. La relación paterna o materna ya no se configura como aquel progenitor que proporciona alimentos (alojamiento, vestido, educación, asistencia sanitaria) al menor, sino que ha evolucionado hacia aquel cuidador que además está emocionalmente involucrado en velar por sus hijos donde el derecho de relación, contacto, y visitas continúa de manera efectiva tras la ruptura familiar.

La figura de la filiación, en su evolución, se puede ver de forma fragmentada o ambigua, por ejemplo, pueden coexistir el progenitor y el marido de la madre que tienen diferente relación en la vida de un mismo menor, o una adopción monoparental donde se rompe la relación con la familia biológica anterior. Cada ordenamiento jurídico, además, pueden evolucionar a diferente ritmo hacia ese reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de las nuevas formas familiares paternas y maternas.

Evolución social y legislativa, la de la filiación, que se ha producido por la modificación de la figura de la paternidad y maternidad, ya que en aquellos casos en los que los padres creían ser los padres biológicos de sus hijos, se alejan tras conocer los resultados de la prueba de ADN para evitar la obligación de alimentos, o, al contrario, aquellos hombres que recurren a las pruebas para convertirse en padres con sus obligaciones.

IV. En las sentencias se observa que el TEDH en este ámbito impone nuevos estándares en los casos en los que existe una tendencia clara en la mayoría de los Estados miembros, de forma que se avance en la interpretación del Convenio.

En definitiva, cambio social que conlleva la modificación de la regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos y que hay que coordinar con el art. 8, que en su interpretación exige acción positiva de los Estados para garantizar que los vínculos entre los miembros de la familia puedan desarrollarse. Donde la acción y el paso del tiempo siempre corre en contra de los menores.

VIII BIBLIOGRAFÍA

CRUZ ÁNGELES, Jonatán: “La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del TEDH”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 17 bis, agosto 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 550-575.

ROCA FERNANDEZ, M. J: “La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales”, en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 2 de diciembre de 2008, caso K.U. contra Finlandia, n.º 2872/02
- STEDH de 10 de marzo de 2020, caso Hudorovič y otros c. Eslovenia.
- STEDH de 18 de febrero de 2020, caso Cînța v. Rumanía, rec. n.º 3891/19.
- STEDH de 5 de septiembre de 2017 caso B. c. Rumania, n.º 1285/03.
- STEDH de 11 de enero de 2017, rec. n.º 23298/12, caso Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España
- STEDH de 12 de septiembre de 2016, rec. n.º 16899/13, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia.
- STEDH de 17 de febrero de 2016, rec. n.º 35532/12, caso Bondavalli contra Italia
- STEDH (Sección 4.ª) de 2 de febrero de 2016, rec. n.º 71776/12, caso N. Ts. contra Georgia.
- STEDH (Sección 5.ª) de 14 de enero de 2016, rec. n.º 30955/12, caso Mandet contra Francia
- STEDH de 16 de octubre de 2015, rec. n.º 39438/13, caso Nazarenko contra Rusia.
- STEDH de 20 de abril de 2015, rec. n.º 4789/10, caso Affaire Gözüm contra Turquía
- STEDH de 15 de abril de 2015, rec. n.º 62198/11, caso Kuppinger contra Alemania.

X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Convenio europeo de Derechos Humanos
- Constitución española
- Código Civil

NOTAS

¹ ROCA FERNANDEZ, M. J: “La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales”, en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*.

² CRUZ ÁNGELES, Jonatán: “La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del TEDH”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 17 bis, agosto 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 550-575.

³ Vid. “Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 89, N.º 739, 2013, págs. 3423-3439

⁴ Vid. mis estudios sobre: “Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos. Supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 96, N.º 780, 2020, págs. 2283-2297; “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 96, N.º 779, 2020, págs. 1729-1744, y, “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 94, N.º 769, 2018, págs. 2671-2682.

⁵ Para saber más sobre el tema, vid: “Concepto de allegados y el interés superior del menor”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 91, N.º 751, 2015, págs. 2871-2892, y El allegado. *Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Madrid, Dykinson, 2021, 288 pp

⁶ STEDH de 18 de febrero de 2020, caso Cînta v. Rumanía, rec. n.º 3891/19.

⁷ STEDH de 2 de diciembre de 2008, caso K.U. contra Finlandia, n.º 2872/02, párrs. 43 y 49, CEDH 2008, relativo a un anuncio de carácter sexual colocado en un sitio de citas en Internet a nombre de un menor.

⁸ En la STEDH de 5 de septiembre de 2017 caso B. c. Rumania, n.º 1285/03, el Tribunal pone de manifiesto, que ha sostenido como en determinadas circunstancias las obligaciones positivas del Estado conforme al artículo 8 del Convenio no se cumplen adecuadamente a menos que garantice el respeto de la vida privada en las relaciones entre los individuos mediante el establecimiento de un marco legislativo que tenga en cuenta los diversos intereses que deben protegerse en un contexto particular.

El Tribunal acepta que las medidas de protección no sólo se encuentran en el derecho laboral, sino también en el derecho civil y penal. Considera que debe concederse a los Estados contratantes un amplio margen de apreciación al evaluar la necesidad de establecer un marco jurídico que regule las condiciones en que un empresario puede regular las comunicaciones electrónicas o de otro tipo de carácter no profesional de sus empleados en el lugar de trabajo. No obstante, la discreción de que gozan los Estados en este ámbito no puede ser ilimitada. Las autoridades nacionales deben velar por que la introducción por un empresario de medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, independientemente del alcance y la duración de esas medidas, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos

⁹ En la STEDH de 10 de marzo de 2020, caso Hudorovič y otros c. Eslovenia, se plantea la importante cuestión del derecho de acceso a agua potable como un elemento fundamental para el disfrute real y efectivo de los derechos humanos. El TEDH observa que los demandantes (etnia gitana) se quejan de que su asentamiento no dispone de una infraestructura básica. Por ello, el TEDH considera el caso desde la perspectiva de la *obligación positiva del Estado de adoptar las medidas que sean razonables y apropiadas para asegurar el respeto de sus domicilios y de su vida privada y familiar para lo que tiene especialmente en cuenta que se trata de un grupo socialmente desventajado*. El TEDH también observa que las autoridades municipales han tomado medidas concretas para asegurar que los demandantes tengan acceso al agua potable. Dada la naturaleza gradual del desarrollo de la infraestructura pública

y el amplio margen de discreción del Estado en la decisión sobre las prioridades en cuanto a los recursos de la planificación urbana, el TEDH considera que, en ausencia de razones particularmente convincentes, como un riesgo serio a la salud, no se justifica la imposición al Estado de la carga en la adopción de medidas en relación con las situaciones respectivas de los demandantes. Los demandantes no han justificado suficientemente sus demandas a ese respecto ni han dicho que se les haya impedido instalar tanques sépticos o considerar otras alternativas al alcantarillado público. El TEDH reitera que los demandantes reciben ayudas sociales que pueden emplearse para mejorar sus condiciones de vida y que los Estados gozan de un amplio margen de discreción en materia de vivienda. Los demandantes tampoco han demostrado convincentemente que el alegado incumplimiento del Estado en el suministro de agua potable haya tenido consecuencias adversas para su salud y dignidad humana en violación de sus derechos en base al art. 8. Considera, por el contrario, que las medidas adoptadas por el Estado en materia de acceso al agua potable y saneamiento, han tenido en consideración su posición vulnerable y han satisfecho los requisitos del art. 8 CEDH

¹⁰ la Corte ha encontrado que una distinción hecha en razón del estado de salud de un individuo debe estar cubierta —ya sea como una discapacidad o una forma de la misma— por el término “otro estado” en el texto del artículo 14 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, Kiyutin c. Rusia, n.º 2700/10, § 57, TEDH 2011, así como Guberina, citada anteriormente, § 76, con referencias adicionales, y Çam c. Turquía, n.º 51500/08, § 69, 23 de febrero de 2016).

¹¹ STEDH de 17 de febrero de 2016, rec. n.º 35532/12, caso Bondavalli contra Italia

¹² STEDH de 11 de enero de 2017, rec. n.º 23298/12, caso Iglesias Casarrubios y Cantalpieira Iglesias contra España

¹³ Vid. mi artículo sobre “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor su protección judicial en la esfera familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 93, N.º 759, 2017, págs. 345-369.

¹⁴ STEDH de 15 de abril de 2015, rec. n.º 62198/11, caso Kuppinger contra Alemania.

¹⁵ Vid. Mi artículo, “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 96, N.º 781, 2020, págs. 3029-3044.

¹⁶ STEDH de 12 de septiembre de 2016, rec. n.º 16899/13, caso Kocherov y Sergejeva contra Rusia.

¹⁷ Vid. “Discapacidad psíquica y maternidad incipiente evolución jurisprudencial”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 97, N.º 784, 2021, págs. 1115-1130

¹⁸ En la audiencia ante el Tribunal de Distrito, el padre impugnó la solicitud del hogar de niños como infundada y discriminatoria por estar basada en el hecho de que tuviera una discapacidad intelectual. Argumentó, que podía ejercer plenamente su patria potestad y cuidar de su hija. Indicó que había sido dado de alta recientemente de la residencia y vivía en un piso separado, donde las condiciones eran adecuadas y apropiadas para que viviera la menor, insistiendo el abogado en que ésta debería ser trasladada a su cuidado, el cual podría realizarse de manera gradual, para permitir que la niña se acostumbre a los cambios en su vida, mientras que los organismos de atención social competentes podrían asistir al padre en el ejercicio de su patria potestad y controlar a la familia y, en particular, a la vida y educación de la menor.

¹⁹ STEDH (Sección 4.ª) de 2 de febrero de 2016, rec. n.º 71776/12, caso N. Ts. contra Georgia.

²⁰ El TJUE también se ha pronunciado en supuesto similares como es el de analizar si los Estados miembros están obligados a tener en cuenta el *interés superior del niño* antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre, y, si debe aplicarse el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con el artículo 24 de

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE lo interpreta en el sentido de que los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el “interés superior del niño” aunque el destinatario de esta decisión sea el padre del menor. (Vid. El interés superior del menor y el derecho de retorno de su progenitor”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 97, N.º 786, 2021, págs. 2379-2391).

²¹ STEDH (Sección 5.ª) de 14 de enero de 2016, rec. n.º 30955/12, caso Mandet contra Francia.

²² Vid. mi artículo sobre “Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 92, N.º 758, 2016, págs. 3341-3362

²³ STEDH de 20 de abril de 2015, rec. n.º 4789/10, caso *Affaire Gözümlü* contra Turquía

²⁴ STEDH de 16 de octubre de 2015, rec. n.º 39438/13, caso *Nazarenko* contra Rusia.

1.2. Derecho de Familia

La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad. su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (y ii).

The confession of privacy and the presumption of matrimonial property. its operation against creditors and heirs before the privacy attribution agreement.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular).
Universidad Complutense de Madrid.*

RESÚMEN. En lógica coherencia con el principio de autonomía de la voluntad, el artículo 1315 del Código Civil posibilita que, los cónyuges pueden estipular o no aquel sistema económico matrimonial que, consideren más conveniente antes de contraer matrimonio o *a posteriori*, durante su vigencia. Si bien, en defecto de pacto o cuando el pactado deviene ineficaz *ex* artículo 1316 del Código Civil, la sociedad de gananciales opera como régimen matrimonial supletorio de primer grado. Constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1347.3 y 1346.3 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de la coexistencia de un “régimen matrimonial primario” aplicable a todo régimen económico, del que forma parte el artículo 1324 del Código Civil relativo a la confesión de privatividad, que, sirve para destruir la llamada presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 del citado cuerpo legal que, opera sobre la absoluta preponderancia del patrimonio ganancial sobre los privativos y la denominada *vis atractiva*. Esta presunción de ganancialidad tiene naturaleza *iuris tantum*, de manera que para poder desvirtuarla se necesita una prueba convincente.

te y sería, no bastando la prueba indiciaria. En este contexto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública considera válido el pacto de atribución de la privatividad, esto es, cuando ambos cónyuges asignen carácter privativo a un bien adquirido a título oneroso por uno de ellos, cuando sea difícil probar el origen privativo de los fondos empleados en su adquisición. El presente estudio se va a centrar en ambos institutos jurídicos y en su eficacia frente al pacto de atribución de la privatividad que también analizaremos.

ABSTRACT: In logical coherence with the principle of autonomy of the will, article 1315 of the Civil Code makes it possible for the spouses to stipulate or not the matrimonial economic system that they consider most convenient before getting married or afterward, during its validity. Although, in the absence of an agreement or when the agreement becomes ineffective ex article 1316 of the Civil Code, the joint venture operates as a supplementary first degree matrimonial regime. It constitutes a community-type economic-matrimonial regime, which is articulated around the postulate that declares the profits obtained as common and that attributes a consortium or community property to the assets acquired for consideration with a charge to the common heritage, its validity constant. This last idea expresses what is known as the so-called principle of real subrogation, stated in general in articles 1347.3 and 1346.3 of the Civil Code. All this without prejudice to the coexistence of a "primary matrimonial regime" applicable to all economic regimes, of which article 1324 of the Civil Code on the confession of privacy is a part, which serves to destroy the so-called presumption of profit contained in the Article 1361 of the aforementioned legal body that operates on the absolute preponderance of community assets over privative ones and the so-called attractive face. This presumption of gain is iuris tantum in nature, so that in order to disprove it, convincing and serious evidence is needed, circumstantial evidence is not enough. In this context, the General Directorate of Legal Security and Public Faith considers the agreement of attribution of privacy to be valid, that is, when both spouses assign a private nature to a property acquired for consideration by one of them, when it is difficult to prove the origin exclusive of the funds used in its acquisition. This study is centre to study on both legal institutes and their effectiveness in relation to third parties, creditors and heirs (legitimates) against the privacy attribution agreement that we will also analyze.

PALABRAS CLAVES: sociedad de gananciales, bienes privativos, bienes gananciales, subrogación real, confesión de privatividad, presunción de ganancialidad, pacto de atribución de la privatividad, protección de terceros —acreedores y legitimarios., reembolso.

KEY WORDS: community of property, private property, common property, real subrogation, confession of privacy, presumption of matrimonial property, privacy attribution agreement, heirs, agreement on ownership attribution, protection of third parties —creditors and lawful heirs—, reimbursement.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 1361 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1324 DEL CÓ-

DIGO CIVIL. 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REQUISITOS. 2. EFICACIA DE LA CONFESIÓN: HEREDEROS FORZOSOS Y ACREEDORES. 3. EL CONCURSO DE PERSONAS CASADAS RESPECTO DE LOS BIENES INMUEBLES CONFESADOS PRIVATIVOS.—IV. LA OPERATIVIDAD DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y CONFESIÓN DE LA PRIVATIVIDAD. 1. EFICACIA DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD FRENTE A TERCEROS (ACREEDORES Y HEREDEROS). 2. POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA EN TORNO AL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE LA PRIVATIVIDAD. 3. TOMA DE POSICIÓN. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

IV. LA OPERATIVIDAD DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y CONFESIÓN DE LA PRIVATIVIDAD.

1. EFICACIA DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD FRENTE A TERCEROS (ACREEDORES Y HEREDEROS).

La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil representa una presunción *iuris tantum* que, puede ser desvirtuada por el cónyuge que sostenga el carácter privativo del bien, justificando la privatividad de los fondos empleados en su adquisición mediante prueba documental pública, o, en su caso, el hecho adquisitivo del que resulte que la naturaleza privativa del bien. Tiene efectos *inter partes* y *erga omnes*, alcanzando a los terceros con quienes los cónyuges mantengan relaciones contractuales. De ahí que, se requiera una prueba “suficiente, satisfactoria y concluyente” de la naturaleza privativa del bien para dejarla sin efecto; no bastando para ello las simples manifestaciones de las partes, ni la certificación bancaria que el cónyuge adquirente es titular del dinero y procede de su cuenta. Para tal fin, se requiere la prueba del carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba pública documental o, que la prueba del carácter privativo del precio abonado quede amparada bajo la fe pública notarial. Ciertamente, el sistema probatorio que se exige para acreditar la naturaleza privativa del bien, es absolutamente excepcional y riguroso por contraste con la norma general prevista en el artículo 217 de la LEC. De forma que, se parte de la premisa que, el bien se presume ganancial; en consecuencia, el acreedor no está obligado a demostrar la naturaleza ganancial del bien, sino que corresponde al cónyuge titular que, pretenda enervar la acción del acreedor, la carga probatoria de la privatividad del bien mediante prueba concluyente, rigurosa y suficiente.

En todo caso, todo ello responde a la absoluta preponderancia del patrimonio ganancial sobre los privativos, la denominada *vis atractiva* de la sociedad de gananciales.

Por su parte, la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil aparece configurada en nuestro ordenamiento como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo del cónyuge del confesante. Opera en la esfera interconyugal, reconociendo valor probatorio a las manifestaciones que éstos hagan para fijar que determinados bienes son propios de uno de ellos, pero con la salvedad que tales manifestaciones por sí solas no perjudicarán los intereses de los herederos

forzosos y acreedores del confesante. Por otra parte, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil.

La cuestión, como hemos analizado, se centra en la determinación del régimen jurídico aplicable a estos bienes confesados como privativos, pues, no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, *inter partes* y frente a terceros; pero tampoco pueden ser reputados inequívocamente gananciales. De manera que, en vida del confesante, los actos dispositivos realizados por el cónyuge favorecido por la confesión en relación con tales bienes serán definitivamente inatacables y esencialmente privativos. Al fallecimiento del confesante, con el objeto de evitar el acceso al Registro de la Propiedad de negocios eventualmente claudicantes, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario impone el consentimiento de los herederos forzosos del confesante para la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge beneficiario por la confesión, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición hereditaria del confesante. En este sentido, el citado precepto representa una auténtica limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión. Por tanto, el fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que, la confesión no vincula a los legitimarios, salvo que éstos la corroboren.

Esta regulación coloca al cónyuge del confesante en situación de vulnerable, de inferioridad jurídica y, crea una situación de inseguridad jurídica, máxime si, tras el fallecimiento del confesante tiene el cónyuge supérstite que tratar sólo con los hijos o descendiente de aquél; o siendo de ambos, existe un importante conflicto familiar. Pues, ante la necesidad de disponer del bien privativo confesado para cubrir sus necesidades más perentorias, al fallecimiento del confesante ha de contar siempre con el consentimiento de los herederos forzosos del confesante.

Resultan ilustrativas las palabras de CALAZA LÓPEZ para describir esta situación “los bienes privativos por confesión irrumpen en el patrimonio y penetran en una especie de “limbo” que arrastra a todo su historial jurídico; así, constante matrimonio el cónyuge a cuyo favor se practica la confesión goza de la apariencia de propietario que la titularidad registral le confiere, pero esta “zona de confort” desaparece al fallecimiento del confesante, imponiéndose de uno u otra forma, según la tesis doctrinal que se sostenga, el no perjuicio a acreedores, de absoluta justicia, y el consentimiento expreso de los legitimarios de su consorte”¹.

En este contexto, nadie duda que, las fuertes exigencias probatorias de la presunción de ganancialidad para su desvirtuación y, los perjuicios que se causa al cónyuge beneficiario por la confesión, en cuanto, tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. Una breve acotación a quien, en todo caso, no perjudica y si favorece o beneficia esta confesión de la privatividad es a los acreedores del cónyuge beneficiado por la confesión. Además, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario tras el fallecimiento del cónyuge confesante y hasta la partición de la herencia, el cónyuge supérstite beneficiado por la confesión necesitará el consentimiento de los herederos forzosos del confesante.

Tal situación jurídica hace que los cónyuges planteen otras fórmulas que, salven los obstáculos señalados propios de tales institutos, aunque supongan dejarlos sin operatividad a través del negocio de atribución de la privatividad —como lo califica el Centro Directivo— que, implica la calificación de privativo de un bien

adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges, cuando sea difícil probar la naturaleza privativo de los fondos, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado. Para ello, basta con que se mencione la onerosidad o privatividad de la aportación o que la misma se deduzca de los términos del negocio jurídico de atribución de privatividad; o, en todo caso, se acredita el carácter oneroso del negocio, al concurrir una conmutividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados. De forma que, la Dirección General admite la inscripción con carácter privativo de tales bienes sobre la base del principio de autonomía de la voluntad o libre contratación entre cónyuges y exigiendo una causa gratuita u onerosa.

Como tal negocio atípico —al carecer de regulación expresa en sede de sociedad de gananciales, se sustenta sobre la libertad de contratación entre cónyuges— tendrá un origen lucrativo u oneroso, procediendo o no el derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales previsto en el artículo 1358 del Código Civil. De esta forma, se posibilita que los bienes comprados por uno de los cónyuges en el seno del matrimonio, mediante un acuerdo de ambos se califiquen de privativos puros o consolidados, posibilitando su inscripción en el Registro de la Propiedad y evitando con ello la aplicación de la presunción de ganancialidad y, del régimen legal establecido para los bienes inscritos con carácter privativo por confesión; a la vez que, se permite al cónyuge titular registral disponer libremente del bien inmueble adquirido, sin necesidad de contar con el consentimiento de los legitimarios para actos de disposición tras el fallecimiento de su cónyuge, y sin que tal disponibilidad tenga como límite “el no perjuicio a los acreedores y herederos”. Con ello se refuerzan los patrimonios privativos de los cónyuges, frente a la presunción de ganancialidad.

En este contexto, nos parece oportuno tratar analizar en los siguientes apartados lo que representa ese pacto de atribución de ganancialidad y, la posición que, al respecto, adopta tanto la doctrina como la Dirección General de los Registros y del Notariado, ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

No obstante, antes de proceder a ello, señalar que, otra manifestación del principio de autonomía de los cónyuges en materia contractual tiene lugar en virtud del pacto de atribución de la ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil que, permite a los cónyuges que atribuyan de común acuerdo carácter personal a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de los fondos utilizados para la adquisición (la citada sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019 y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020²).

Su fundamento descansa en el amplio reconocimiento de la autonomía privada y, como hemos indicado, constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos del artículo 1323 del Código Civil.

En todo caso, para que opere el mencionado artículo 1355 han de concurrir: a) El carácter oneroso de la adquisición; por lo que, no procede en caso de atribución de carácter ganancial a título gratuito; y, b) La atribución de la ganancialidad ha de tener lugar constante la sociedad de gananciales³.

Ahora bien, ha de tratarse de un acuerdo expreso y conjunto de ambos cónyuges; lo que no impide que, uno de los cónyuges manifieste la existencia de tal

acuerdo en el momento de la adquisición del bien —declarando que lo hace para la sociedad de gananciales—; y, que el otro lo confirme *a posteriori*; entre otras cuestiones para evitar que, el bien se califique de presuntivamente ganancial⁴. En esta línea, precisa, acertadamente, REPRESA POLO que “esa voluntad común, ese acuerdo debe constar y puede ser coetáneo a la adquisición anterior o posterior, aunque no es un acuerdo distinto, sino que es el propio negocio de adquisición”⁵

Pues bien, la atribución conjunta de la ganancialidad hace que el bien adquirido ingrese en el patrimonio consorcial, aun cuando el desembolso inicial o total se realice con dinero privativo —sin perjuicio de un eventual derecho de reembolso (artículo 1358 del Código Civil)—; y, en lógica consecuencia, el bien accederá al Registro de la Propiedad con carácter ganancial *ex* artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario.

En todo caso, este acuerdo común de los cónyuges para atribuir el carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial el dinero empleado para su adquisición, con lo que se genera un crédito “por el valor satisfecho” a costa del caudal propio de uno de los cónyuges (artículo 1358 del Código Civil). Por lo que, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no se hiciera reserva sobre la procedencia del dinero, no sobre su derecho de reembolso (la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2023).

En fin, tratándose de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas de bienes, el apartado segundo del artículo 1355 del Código Civil establece, al respecto, una presunción *iuris tantum* de atribución del carácter ganancial de tales bienes de forma conjunta. De ahí que, como toda presunción *iuris tantum* se pueda desvirtuar mediante prueba en contrario; en este supuesto, probando la no existencia de voluntad concorde de los cónyuges de atribuir al bien naturaleza ganancial; a diferencia de la presunción del artículo 1361 del Código Civil que, opera sobre el origen de los fondos empleados para la adquisición⁶.

2. POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA EN TORNO AL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE LA PRIVATIVIDAD.

Una vez reconocida la autonomía de los cónyuges y su libertad de contratación, resulta necesario preguntarse la operatividad de la presunción de ganancialidad y confesión de privatividad ante la admisión por la Dirección General de lo que llama el negocio de atribución de la privatividad como “negocio atípico que tendrá un origen lucrativo u oneroso, con todas sus consecuencias fiscales y que posibilita que pueda surgir un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales por aplicación del artículo 1358 del Código Civil”⁷. La *ratio iuris* de este negocio es que, sobre la libertad de contratación prevista en el artículo 1323 del Código Civil ambos cónyuges pueden acordar que un bien ganancial se transfiera hacia el privativo de uno de los cónyuges —aplicando de forma “inversa” el artículo 1355 del Código Civil; o adquirir un bien de un tercero, sin tener que probar el origen privativo de los fondos, bastando que ambos acuerden su naturaleza privativa.

Esta atribución voluntaria de la privatividad es reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado primero y por la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Así en su resolución de 25 de septiembre de 1990⁸ señala que “no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1323 del Código Civil, respecto del cual el artículo 1355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a estos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta —resolución de 2 de febrero de 1983⁹— permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1255, 1261 del Código Civil), así, pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe, igualmente, admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y “*erga omnes*” en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confusión de privatividad, pues, la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (artículo 1324 del Código Civil)”.

En esta línea, la resolución de 25 de noviembre de 1990¹⁰ resuelve de forma positiva la inscripción de una escritura de compraventa con precio totalmente aplazado, en la que los cónyuges habían pactado un porcentaje de participación en el bien adquirido, en concreto, un 40 por 100 con carácter ganancial y privativo del marido un 60 por 100 restante.

Ambas resoluciones concretan: 1. Las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubiera tratado de eludir; 2. El artículo 1355 del Código Civil no es sino una aplicación particular del artículo 1323 del citado cuerpo legal para una hipótesis concreta; 3. Posibilita que los cónyuges actuar de mutuo acuerdo y provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1255, 1261 del Código Civil); 4. Admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe, igualmente, admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la

contraprestación, siempre que “dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su configuración con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (artículo 1347.3 del Código Civil); por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el de derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil”; y, 5. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues, la virtualidad de ésta, a efectos de calificación del bien, queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (artículo 1324 del Código Civil).

Ciertamente, el Centro Directivo con ambas resoluciones admite la libertad de contratación entre los cónyuges en virtud del artículo 1323, respecto del cual el artículo 1355 no es sino una aplicación particular; de manera que, los cónyuges de mutuo acuerdo pueden provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta, permita, donación, etc., u otro título que esté suficientemente causalizado, esto es, que el negocio conyugal atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real, por ejemplo, el juego del derecho de reembolso. En definitiva, ambas resoluciones admiten la validez del negocio de atribución de la privatividad si consta su causa y el régimen jurídico al que queda sujeto el negocio. Por lo tanto, el pacto de privatividad siempre será admisible; si bien, será necesaria la causa de la adquisición, sin que ello signifique que se tenga que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges.

Por su parte, la resolución de 9 de julio de 2012¹¹ en relación con la inscripción de una escritura de liquidación parcial de sociedad conyugal, con cita de las resoluciones de 2 de febrero y 25 de noviembre de 2004, dispone al respecto que “no se duda de la libertad de contratación entre los cónyuges con independencia de su régimen económico; no hay inconveniente en admitir el trasvase de un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos empleando un negocio típico, o acudiendo a la atribución de privatividad, de efectos *erga omnes*, distintas, por tanto, de la confesión del artículo 1324 del Código Civil”. De este modo “no habría ninguna traba si los esposos hubiesen acordado disolver la sociedad conyugal, adjudicando la finca a uno de ellos vía liquidación parcial y adoptado de nuevo el régimen económico de gananciales (artículos 1315, 1317, 1325 y 1326 del Código Civil)”.

Expresiva respecto de orden de fuentes en materia de contratación entre cónyuge la resolución de 13 de noviembre de 2017¹² señala que, partiendo que la sociedad de gananciales es un régimen económico matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso a cargo del acervo común, constante su vigencia, destaca que esta última idea se expresa en lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1347.3 y 1346.3 del Código Civil; si bien, en la línea expuesta que, manifiesta este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como puede ser la de la accesión (artículo 1359 del Código Civil), el de autonomía de la voluntad (artículo 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho

a la adquisición (artículos 13464, 1347 o 1352 del Código Civil). Bien es verdad, añade que, en las adquisiciones onerosas, en caso que no se aplique el denominado principio de subrogación real, para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil. Por lo que, en el presente caso, debe entenderse que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad, conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria de la condeña adjudicataria, es decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que, en el caso examinado, era privativa.

Destacando, de nuevo, que los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales, por una parte, la resolución de 22 de junio de 2006¹³ dispone que, 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, toda vez que “los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial—. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afectación propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos”. A lo que se añade que cabe “entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada “*causa matrimonii*”, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones “*propter nuptias*” de un consorte al otro —a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges—, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1993¹⁴), según la cual “Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998¹⁵) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata

de convenciones que participan de la misma “*iusta causa traditionis*”, justificativa del desplazamiento patrimonial “*ad sustinenda oneri matrimonii*”.

Por otra parte, la resolución de 30 de julio de 2018¹⁶ señala que, 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. 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”.

Asimismo, sobre la base de la libertad contractual entre cónyuges, operando a través de una interpretación inversa del artículo 1355 del Código Civil y, excluyendo el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del citado cuerpo legal se pronuncian las resoluciones de 12 de junio de 2020 (dos)¹⁷; y de 15 de enero de 2021¹⁸ argumentan que: “primero: la sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1347.3.º del Código Civil (“son bienes gananciales (...) Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común”) y 1346.3.º (“son privativos de cada uno de los cónyuges (...) Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”). Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues, a él se anteponen otros criterios que, el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil), o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil); en segundo lugar, es verdad que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil; en tercer lugar, la regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315); y, en cuarto lugar, el propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la

forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente, la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo admitió esta Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, señaló que “aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —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—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil”. Este criterio ha sido posteriormente confirmado en resoluciones de 14 de abril de 1989¹⁹; de 7 y 26 de octubre de 1992²⁰; de 11 de junio de 1993²¹; de 28 de mayo de 1996²²; de 15 y 30 de diciembre de 1999²³; de 8 de mayo y 21 de julio de 2001²⁴; de 17 de abril de 2002²⁵; de 12 de junio y 18 de septiembre de 2003²⁶; 22 de junio de 2006²⁷; 6 de junio de 2007²⁸; 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010²⁹; de 19 de enero y de 3 de septiembre de 2011³⁰; de 13 de noviembre de 2017³¹; y de 30 de julio de 2018³².

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. (...) Por lo que, en el presente caso “debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la participación indivisa del bien comprada por la esposa, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, como alega el recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición”.

De forma que, en las escrituras calificadas en las citadas resoluciones queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición. Además de admitirse que los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos, siempre que el desplazamiento aparezca causalizado.

Se reitera los argumentos expuestos en resoluciones de 8 de septiembre y de 9 de septiembre (dos) de 2021³³; de 11 de abril de 2022³⁴; de 30 de mayo de 2022³⁵; 4 de julio de 2022³⁶; y de 30 de noviembre de 2022³⁷.

Por su parte, en las resoluciones de 30 de mayo; 4 de julio y de 30 de noviembre de 2022, además de incidir en la existencia de causa —consentimiento causal—, abogan por una interpretación flexible del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario.

Así manifiestan que, la necesidad de existencia de una causa se explica por su repercusión en los correspondientes requisitos y efectos del negocio jurídico. Conceptualmente, para que la causa sea gratuita o a título lucrativo, debe concurrir el requisito de que el desplazamiento patrimonial que se opera con dicho negocio carezca de contraprestación equivalente, ni pasada, ni presente, ni futura. En cuanto a sus requisitos formales, el negocio jurídico de atribución gratuita de privatividad, si se refiere a bienes inmuebles, deberá constar en escritura pública como requisito “*ad solemnitatem*” (cfr. artículo 633 del Código Civil). Y en cuanto a sus efectos, existiendo legitimarios, esa liberalidad deberá computarse a los efectos de determinar si es inoficiosa (artículos 636, 654 y 817 del Código Civil), pues resulta evidente que por vía de atribución de privatividad gratuita no se pueden perjudicar los derechos legitimarios de los herederos forzosos. También podrá quedar sujeta a una posible rescisión por perjuicio a acreedores (artículos 1.291.3 y 1.297 del Código Civil); y, en materia concursal deberá tenerse en cuenta a los efectos de lo previsto en el artículo 227 de la *Ley Concursal*, al disponer que “el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real”.

En sentido inverso, conceptualmente, para que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad a un bien que sin dicho negocio tendría carácter ganancial o presuntivamente ganancial, es preciso que ese desplazamiento patrimonial tenga su compensación correlativa, es decir, que concurra otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario, ya sea ese otro desplazamiento previo al negocio (cuando se compensa una deuda preexistente que identifique debidamente); simultáneo (cuando en el mismo acto se recibe una prestación equivalente), o futuro, (cuando el desplazamiento patrimonial equivalente y de signo contrario queda diferido a un momento posterior). Si se expresa que la causa del negocio de atribución de privatividad (o de ganancialidad) es onerosa, pero no se concreta si la compensación equivalente es pasada, presente o futura, el Código Civil presume esto último al disponer en su artículo 1.358 que: “cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá

de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, señalan que, son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral:

Primera. Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. En este sentido, esta Dirección General en su reciente Resolución de fecha 30 de mayo de 2022 ha manifestado que “el rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del *Reglamento Hipotecario* que, como se ha expuesto anteriormente, exige, con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial —y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público— la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial; y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este extremo (como la legislación civil especial de Aragón, por ejemplo —vid. artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón—).

No obstante, no debe descartarse una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del *Reglamento Hipotecario* que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”³⁸.

Segunda. Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del *Reglamento Hipotecario*.

Tercera. Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Por su parte, en la compra “para sí con carácter privativo” de una finca rústica por persona casada en régimen matrimonial de conquistas, la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre de 2021³⁹ tras señalar la doctrina admitida por este Centro Directivo de atribución del carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los

bienes privativo y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado; sin embargo, en el presente caso, de los términos empleados

En esta línea favorable, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 1992⁴⁰ respecto del reconocimiento por la esposa de la pertenencia del bien en propiedad exclusiva al marido, tanto en capitulaciones matrimoniales como en el posterior convenio regulador de la separación.

Por su parte, la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de septiembre de 2020⁴¹ manifiesta la necesidad de acreditar la previa indicación en el Registro Civil de una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que uno de los cónyuges pacte el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, para que un bien adquirido por compraventa pueda ser inscrito con carácter privativo a su favor. El artículo 266 párrafo sexto del RRC exige que, en las inscripciones que, en cualquier otro Registro —y, por tanto, el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de la inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicando el hecho), que se acreditaran por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable. En el presente caso, no consta la mencionada acreditación por los medios expresados no pudiéndose practicar la inscripción solicitada. Si bien precisa que “ello no constituye obstáculo a esta conclusión el hecho que los cónyuges afirmen en la escritura calificada que compran para su patrimonio privativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1323 del Código Civil, pues, dicha consecuencia es efecto natural del régimen de separación de bienes que tiene eficacia entre los cónyuges desde el otorgamiento de las capitulaciones, sin que puedan trasladarse a este supuesto las consideraciones que, respecto del régimen de gananciales, expresó este Centro Directivo en su Resolución de 12 de junio de 2020”.

En un plano doctrinal, los argumentos para no admitir la atribución de privatividad son que: 1. No hay un principio general ni artículo que admita la atribución inversa que se recoge en el artículo 1355 del Código Civil, en virtud de los cuales pueden atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso, ya que la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil es en puridad un medio de prueba; que no puede confundirse la libre contratación entre los cónyuges (*ex* artículo 1323 del Código Civil), ni el principio informador del *favor consortialis* que inspira el artículo 1355 con la atribución de privatividad recogida en el artículo 1324, ya que ésta última es un medio de prueba; 2. El interés de los acreedores de la sociedad de gananciales debe estar protegido mediante una liquidación que contenga inventario; 3. La declaración de la privatividad tiene un marco en la confesión del artículo 1324, sin perjuicio que se puedan producir transmisiones —con su causa entre los cónyuges mediante donación, compraventa u otros contratos (*ex* artículo 1323)—; 4. De admitirse un pacto mediante el cual se atribuye a uno de los patrimonios privativos de forma definitiva y con eficacia frente a terceros, quedaría privado de sentido la confesión de privatividad del citado artículo 1324, pues, no sería necesario acudir a ella para desvirtuar la presunción de ganancialidad; y, 5. Aunque no se cuestiona que sea posible transmitir bienes gananciales al patrimonio propio de uno de los cónyuges a través de un negocio traslativo, se argumenta que, para que ello tenga lugar, resulta necesario

que exista una normativa específica en tal sentido como ocurre en la legislación foral (Ley 89.5 del Fuero Nuevo de Navarra⁴²).

Desde el mismo plano doctrinal, también existen argumentos importantes para admitir la atribución de privatividad: 1. El mismo principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad que, autoriza las transmisiones del patrimonio ganancial al privativo, por lo que se trata de un procedimiento simplificado de acuerdo entre los cónyuges, que el reembolso del artículo 1358 del Código Civil actuará también a la inversa, por lo que será el patrimonio ganancial el que deberá ser reembolsado, salvo pacto en contrario; 2. Que el posible fraude de acreedores tiene un remedio legal en las correspondientes acciones de simulación y en las rescisorias, y en la prevista en el artículo 643 del Código Civil, además de la responsabilidad solidaria y *ultra vires* de ambos cónyuges en virtud del artículo 6.4 del Código Civil; 3. La aplicación conjunta de los artículos 1323 y 1355 del Código Civil; y 4. Que la redacción unilateral del artículo 1355 se reproduce también en otros preceptos (por ejemplo, el artículo 1352) que tienen aplicación recíproca⁴³.

RAMS ALBESA señala, como argumentos a favor de las tesis mantenida por LACRUZ de entender susceptible de interpretación *a contrario sensu* del artículo 1355.1 del Código Civil⁴⁴, los siguientes: “1. La propia redacción del precepto. En el texto del artículo 1355.1 destacan con fuerza propia, de una arte, que hasta la voluntad conjunta y concorde de los cónyuges que puede desviarse hacia la masa ganancial un bien que, de aplicarse al supuesto teórico de la subrogación real, debería entrar total o parcialmente en una de las masas privativas; de otra, el que el acuerdo hace indiferente —*relative tantum*— el origen de los fondos empleos, la naturaleza de la contraprestación o las circunstancias específicas de la adquisición; 2. La introducción en el Código Civil de un precepto como el contenido en el artículo 1323; (...) 3. La constatación técnica que la subrogación real no es en nuestro sistema jurídico un mecanismo automático e independiente del ejercicio de la autonomía de la voluntad de quien realiza un acto de disposición oneroso que tiene por objeto mediato o inmediato el reemplazo de un bien por otro de la misma “filiación”; (...) 4. No es irrelevante, para la nueva regulación de la sociedad de gananciales, el antecedente que en nuestra materia suponen, de una parte y restringidamente el artículo 38.4 de la Compilación aragonesa (...). Y de otra parte y más directamente al asunto concreto que, nos ocupa, la Ley 84-5 de la Compilación Navarra”. No obstante, tales planteamientos, le parece oportuno, cuando no necesario, tratar de fundamentar la tesis contraria, es decir, negar *ad experimentum* la posibilidad de una aplicación invertida del artículo 1355.1.º para lo que cree que pueden darse los siguientes argumentos: “1. La apertura plena que hace a la autonomía de la voluntad el artículo 1323 no puede ni debe entenderse en desconexión con los artículos 1315 y 1316. (...) Los cónyuges pueden auto-darse el régimen que estimen convenientes y aun modificarlo sí el que tuvieren no se ajusta a sus necesidades (artículos 1325 y 1326), pero no modificarlo por actos concretos de disposición referidos a un bien, sino por los cauces establecidos por la norma y con la forma especial *ad solemnitatem* (artículo 1327); por lo que, las exigencias del régimen establecido y vigente para ellos suponen, en todo caso y límite efectivo y real a su autonomía de voluntad; 2. (...) Es evidente que la sociedad de gananciales no solo no ha variado su naturaleza de comunidad

germánica (...); es más se ha reforzado este efecto en el artículo 1344, por lo que puede entenderse que la conversión de un ganancial en privativo o la adquisición de un nuevo privativo con recursos indubitadamente gananciales, puede reputarse como una liquidación anticipada, bien sea que con alcance parcial, de la masa común que debería tener, en consecuencia, valor de una auténtica capitulación matrimonial y que requerirá de las solemnidades del artículo 1327, en relación en su caso con el 1331 y con las limitaciones del caso en favor de terceros acreedores y legitimarios; 3. La ordenación sistemática del artículo 1355.1 del Código Civil, más que su propio tenor literal, puede sugerirnos que nos encontramos tan sólo en presencia de una excepción potestativa a la regla general del artículo 1354; (...) 4. Aunque es evidente y comúnmente admitido que en nuestro sistema no son necesarias las formalidades *ad solemnitatem* para que la subrogación real produzca sus efectos atributivos de la titularidad, si se entiende, como parece lógico que tal voluntad se manifiesta implícitamente en la demostración del origen de los recursos empleados en la adquisición, nos encontramos en el artículo 1355.1 en presencia de una manifestación de voluntad capaz de desviar los naturales efectos de la subrogación”⁴⁵.

En este contexto, no faltan quienes optan por una postura intermedia. Para ello consideran que el artículo 1355 del Código Civil no ha de aplicarse a la inversa, pues, el legislador ha querido regular en tal precepto la atribución voluntaria de la ganancialidad y no la de privatividad; si bien, consideran que es posible la atribución pactada de privatividad de bienes al amparo del principio del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y, en particular, del recurso al principio de libertad contractual entre cónyuges contenido en el artículo 1323 del Código Civil⁴⁶. PATRICIA REPRESA señala al respecto que, “resulta indiferente entender que la posible atribución de carácter privativo a un bien adquirido con fondos gananciales tiene su fundamento en un precepto o en otro, ya que ambos argumentos confluyen en un punto común que es la causa de atribución que, persigue en última instancia fijar la naturaleza negocial del acuerdo con el fin de justificar dicha atribución y reconocer, en su caso, un derecho de reembolso a la masa ganancial que restablezca el equilibrio de patrimonios y con él la protección de terceros o, al contrario, el pago del reintegro que la sociedad tenía pendiente con el cónyuge para el que se hace la adquisición”. A esto añade que “el pacto de ganancialidad del artículo 1355 del Código y, por ende, su aplicación inversa no alcanza la naturaleza de modificación capitular, por lo que su eficacia no queda afectada por el régimen de ésta, ya que no supone una verdadera modificación del régimen de los bienes y con ella el régimen económico del matrimonio”. Por el contrario, entiende la autora que “si estos pactos son generales, es decir, si los cónyuges pretenden que todas las adquisiciones de un determinado tipo que constante la sociedad de gananciales se atribuyan a un determinado cónyuge, con independencia de la naturaleza de los fondos con que se produzca la adquisición”; en este caso, “sí tendrán la consideración de modificación del régimen económico y como tal deberán constar en capitulaciones; sin que, tengan la consideración de modificación del régimen económico matrimonial”⁴⁷. Lo que, coincide con el planteamiento de otros autores que, analizaremos en este mismo apartado en cuanto a la importancia del pacto capitular para amparar este tipo de negocios atípicos.

Tras las resoluciones de 2020 y las siguientes que han sido dictadas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la doctrina se sigue manteniendo dividida. Así quienes se muestra partidarios de la adquisición de bienes con carácter privativo por los cónyuge casados en régimen de gananciales del Código Civil y los requisitos necesarios para su plena eficacia tanto entre cónyuges como respecto de tercero, lo que se conoce por el Centro Directivo como negocio de atribución de la privatividad de los bienes adquiridos por los cónyuges constante la sociedad de gananciales, destacamos OÑATE CUADROS —notario recurrente de las citadas resoluciones de 12 de junio de 2020— quien argumenta que “1. La adquisición con carácter privativo del adquirente por acuerdo expreso de ambos cónyuges hace inaplicables las reglas supletorias sobre subrogación real, presunción de ganancialidad y confesión de privatividad; 2. Si el negocio es oneroso, destruir la presunción ganancialidad exige manifestar que los fondos empleados son privativos, pero no acreditarlo “mediante prueba documental pública”, pues, no estamos en el supuesto presunción de ganancialidad/confesión de privatividad claudicante sino en el acuerdo de privatividad/derecho de reembolso; 3. La confesión de privatividad de los fondos empleados no afectará a las facultades dispositivas del adquirente. Podrá ser combatida judicialmente, pero su éxito solo habilitará la pretensión de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil; o, en último extremo, el ejercicio de las acciones rescisorias por fraude. No está de más advertirlo en la escritura; y. 4. Aun no siendo necesario a efectos registrales, interesa acreditar al menos de forma indiciaria, el carácter de fondos, a fin de evitar una actuación revisora o inspectora de la administración fiscal y no perder de vista que la regulación en materia de prevención de blanqueo de capitales sigue siendo aplicable en estos casos”.

Asimismo, indica que son numerosas las resoluciones y sentencias que se muestran partidarias de tal pacto de atribución de la privatividad, siendo el motivo de la conflictividad “la tan sorprendente como incorrecta comprensión del sistema por parte de muchos notarios y registradores incapaces de liberarse de la camisa de fuerza del artículo 95 del RH”. Y se pregunta ¿Cómo es posible que con doctrina tan clara se sigan sucediendo otorgamientos defectuosos y calificaciones empecinadas en que si no se acredita mediante “prueba documental pública” el carácter privativo de la contraprestación la inscripción solo puede hacerse “con carácter privativo por confesión”? El tan manido “a nosotros no se nos aplica, subviene groseramente el orden de fuentes: 1. Normas especiales del Código Civil; 2. Principio de subrogación real; 3. Presunción de ganancialidad solo excluible mediante prueba documental pública o en defecto, confesión de privatividad de la contraprestación. Solo respetando este marco imperativo cabrían los pactos entre cónyuges”. Frente a tal posición manifiesta que la argumentación de sus recursos, precisamente, desmontan esta falacia contraria a la doctrina jurisprudencial vigente, además de estar estos los pactos de atribución de privatividad avalados por la doctrina anterior de la Dirección General y, por la regulación que hace de esta materia el Código Foral aragonés (artículos 211, 214 y 215) —“interpretación auténtica” del sistema CC-RH—. En fin, la exigencia de causa que exige la Dirección General —haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la *iusta causa traditionis*— la vincula al carácter de los fondos empleados y a la existencia o no de derecho de reembolso⁴⁸.

En esta línea, CALAZA LÓPEZ opina que la libertad de contratación entre cónyuge encuentra su mayor exponente en la denominada atribución de la privatividad, reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1990 y en posteriores de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. De esta primera resolución se colige para la citada autora: “1. Que el artículo 1355 del Código Civil es una aplicación particular del principio fundamental de la libertad de contratación implementado en el artículo 1323 del Código Civil; 2. Que la norma ni limita ni excluye otros supuestos de contratación entre esposos y, en consecuencia, siempre de mutuo acuerdo, pueden provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio uno de ellos, utilizando un título “suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1255, 1261 del Código Civil)”;

y, 3. Que con idéntico fundamento ha de admitirse que los cónyuges puedan convenir que el bien adquirido a un tercero ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos, aun cuando no se acredite la privatividad de la contraprestación “siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1437.3 del Código Civil)”⁴⁹.

Asimismo, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ después de destacar que, la Dirección General admite este negocio de atribución de la privatividad toda vez que, los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges; lo que permite admitir que éstos 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. Y, asimismo, que la mencionada Dirección General entiende que la cláusula en cuestión es un negocio atributivo que no debe confundirse con la confesión de la privatividad; manifiesta que, la solución propuesta por Oñate Cuadros es “sumamente ingeniosa y va a ser de gran utilidad ya que, con toda seguridad, en la práctica notarial se va a generalizar la sustitución de la cláusula tradicional por confesión por la que perfectamente puede denominarse “*cláusula Oñate*””. Pero también destaca el citado autor (notario de profesión) que “tal solución, aunque sea de gran utilidad a partir de ahora, no es la solución definitiva que resuelva todos los problemas. Se trata de una cláusula muy técnica, difícil de explicar que, no deja de incurrir en cierta, obligada artificiosidad y que, admitida, por la Dirección General, podría no recibir la misma comprensión por parte de los tribunales. Además, aunque, parece que se trata de una cláusula fiscalmente neutra en cuestión, pues, estaría exenta de impuestos, nunca se puede infravalorar la imaginación y voracidad de las diversas autoridades tributarias”. Por todo ello cree que “hay argumentos de sobra para que un legislador diligente proceda a derogar, de una vez por todas, un precepto reglamentario como el artículo 95.4 del RH, obsoleto, perturbador e injustificado, que nunca debió aprobarse. Tal derogación, como es lógico, supondría para los titulares de bienes ya inscritos en el Registro de la Propiedad como privativos por confesión podrían, a partir de ese momento, disponer libremente de ellos puesto que la limitación no deriva de la inscripción, sino del precepto reglamentario”. Por lo que, propone que, mientras esto no se lleve a cabo, plantear ante los tribunales de justicia una posible nulidad

de un artículo reglamentario; y a la Dirección General que, aborde la cuestión de dar preferencia al artículo 1324 del Código Civil como norma legal preferente, y desaplicar la reglamentaria⁵⁰.

Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ considera válida la atribución de privatividad de un bien ganancial transmitido por el otro cónyuge al amparo de lo dispuesto en el artículo 1323 del Código Civil; aludiendo para ello a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1983; y, asimismo, atendiendo a la doctrina concretada en la resolución de tal Dirección General de 25 de septiembre de 1990 en la que se otorga validez al acuerdo de los cónyuges para conferir la condición de privativo a un bien, entiende que “el supuesto es viable, siempre que conste la voluntad común de los cónyuges en orden a la producción del efecto pretendido y no se vulneren los derechos de los acreedores y legitimarios en caso que la atribución se haga a título gratuito”⁵¹.

En todo caso, no falta autores que, admiten este acuerdo de los cónyuges para atribuir el carácter privativo a bienes gananciales como título traslativo que dé lugar a la inscripción del dominio, sin operar el artículo 1324 del Código Civil; si bien, insisten en la obligación de especificar la causa del negocio traslativo de atribución de la privatividad tal como exige la Dirección General en las distintas resoluciones expuestas⁵².

En contra de estas posiciones doctrinales y de las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública se manifiesta GARCÍA GARCÍA en un comentario a las resoluciones de 12 de junio de 2020 (dos) y de 15 de enero de 2021 que, tras indicar que, tales resoluciones tratan de sortear algunos obstáculos que tiene la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en esa forma omnímoda que pretendían los notarios recurrentes, rindiéndose al final a su criterio, argumenta al respecto que “lo primero que salta a la vista es que si se consolida la doctrina de las tres Resoluciones y parece que ya se ha marcado el camino por las mismas, el resultado a que se llega es sorprendente y consiste en nada más y nada menor que en la eliminación o derogación fáctica del apartado 4 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, así como de los apartados 5 y 6 de dicho artículo 95 en la parte que se refiere al apartado 4 y también del apartado 2 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, además de dejar en letra muerta el artículo 1324 del Código Civil, dado que siempre se podrá aludir a la manifestación que el dinero empleado en la adquisición procede de determinado acto jurídico sin acreditación efectiva”. A continuación destaca que “mientras en el pacto de atribución de ganancialidad existe la tipificación del artículo 1355 del Código Civil con plena aplicación, en el caso del pacto de atribución de privatividad no cabe acudir al artículo 1355, sino que las únicas vías serían las que resultan del artículo 1323, en relación con la libertad de los cónyuges para transmitirse por cualquier título bienes o celebrar entre sí toda clase de contratos, que requiere expresión clara y precisa de una causa adecuada que, en la legislación registral se traduce en la expresión de una “causa adecuada”; o bien la alternativa de la confesión del artículo 1324 de Código Civil”. Asimismo, afirma que en las tres resoluciones se alude como requisito imprescindible a una “causalización” de la atribución de la privatividad, aunque lo hacen de una forma equivocada, pues, confunden “la casa del pacto de atribución que, aquí brilla por su ausencia, con la causa del negocio de adquisición, que es diferente”. Además, ocurre que, “en el caso de las tres Re-

soluciones objeto de comentario, los cónyuges pactan que “no haya derecho de reembolso” con lo que de existir alguna causa del pacto de atribución de la privatividad, tendría que ser una causa gratuita y no onerosa. (...) El pacto de atribución de privatividad se estipula aquí como abstracto y ausente de toda expresión de causa, lo que desde la perspectiva de las propias resoluciones inhabilitaría para la inscripción del mismo”. En fin, añade el autor que “en las tres resoluciones montan la aplicación del principio de autonomía de la voluntad al pacto de atribución del bien como privativo basándose en el paralelismo con el supuesto artículo 1355 del Código Civil que, contempla el supuesto contrario, es decir, el del pacto de atribución de bien ganancial al bien privativo y ello no puede hacerse por la vía interpretativa del citado artículo 1355, pues, en éste, se ha apuntado, la existencia de una “*causa matrimonii*” (...) que está ausente en el pacto de atribución de privatividad en la que a lo sumo existiría una mera “*causa patrimonii*” a favor del cónyuge beneficiario del bien”. En fin, sobre la base de que tanto la legislación foral de Aragón como la de Navarra admiten el pacto de atribución de la privatividad por parte de ambos cónyuges; por lo que, en dichas legislaciones no resulta aplicable ni el artículo 1324 del Código Civil, ni el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario y sus concordantes “no es posible aplicar al sistema del Código Civil lo que resulta de dichas legislaciones forales”, por lo que “sería necesario establecer una norma legal de modificación del Código Civil, sin que pueda obtenerse la misma solución por eliminación fáctica de los artículos antes mencionados del Código Civil, y del Reglamento Hipotecario”⁵³.

En esta línea crítica, se manifiesta también, por un lado, BORRUEL GARCÉS al señalar que “la Dirección General ha buscado un atajo para admitir la inscripción de un bien como privativo sin haberse acreditado el origen de los fondos inaplicando todo el régimen de la sociedad de gananciales o haciendo una interpretación a medida del mismo”. A esto añade que “el legislador en lugar de establecer la presunción de ganancialidad pudo establecer una presunción de privatividad; sin embargo, no lo hizo” (...). Asimismo, si el legislador hubiera deseado que los cónyuges pudiesen pactar libremente el carácter privativo de los bienes en la sociedad de gananciales lo habría estipulado expresamente como lo ha hecho con el pacto de ganancialidad. Además, no habría establecido una presunción de ganancialidad en el artículo 1361 del Código Civil, ni habría exigido la prueba del carácter privativo. Tampoco habría establecido una forma especial de inscripción de los bienes confesados privativos, ni había limitado la confesión a los casos en que no resulte perjudicial a los acreedores y legitimarios”. En fin, considera que “una interpretación sistemática de estos artículos con el 1323 arroja una libertad que no puede proclamarse absoluta, ni entenderse como una limitación del principio de subrogación del artículo 1347.3 y de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Por el contrario, parece más lógico pensar que, aquel principio general de autonomía de la voluntad vienen modulado por la regulación propia de cada régimen y, en particular, por el régimen jurídico de la sociedad de gananciales”. En fin, entiende, como GARCÍA GARCÍA que, la exigencia de causa de la atribución de privatividad, confunde la causa de la atribución de la privatividad con la causa del negocio de adquisición del bien⁵⁴.

Por otro lado, LATAS ESPINO quien afirma que, todavía no ha logrado superar el estado de estupefacción que le ha producido la lectura de las mencionadas

resoluciones y de alguna otra en el mismo sentido porque “existe una contradicción flagrante entre la doctrina vertida en su Fundamentos de Derecho y la resolución de los casos planteados”; además le preocupa “la repercusión práctica que dicha doctrina, de ser mantenida, pueda tener en la práctica”. Si bien, todos estos inconvenientes, como señala la autora, “desaparecen por arte de magia en los supuestos contemplados por las resoluciones citadas. Mediante un negocio jurídico atributivo entre cónyuges que se dice tiene causa onerosa y ello es avalado por la Dirección General, pero, en realidad es gratuita, puesto que se excluye el derecho de reembolso actual o futuro entre los patrimonios ganancial o privativo de los cónyuges, se logra la inscripción de los bienes como privativos, no por confesión, eludiendo el requisito de acreditar el carácter privativo de la contraprestación mediante prueba documental pública del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario. Por otro lado, dado que los bienes adquiridos no tienen carácter privativo por confesión, no queda a salvo el perjuicio que pueda irrogarse a los acreedores y herederos forzosos del cónyuge consentidos de la adquisición privativa de su consorte, los cuales se verán obligados a ejercitar las acciones impugnatorias correspondientes como si de un negocio simulado se tratase”⁵⁵.

Asimismo, LÓPEZ FRÍAS destacando primero una idea básica e indiscutida que “nuestro ordenamiento reconoce un papel esencial a la voluntad de los cónyuges para la regulación de sus relaciones de naturaleza patrimonial”, se centra en los llamados pactos de atribución de privatividad, diferenciando varias hipótesis: “a) Acuerdo para el traspaso de bienes de naturaleza ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. (...) Tal negocio es perfectamente posible al amparo del artículo 1323 del Código Civil (...); b) Pacto dirigido a atribuir carácter privativo, en el momento de su adquisición bien comprado por uno de los cónyuge con dinero ganancial (...); c) Pacto para asignar carácter privativo a un bien adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges cuando sea difícil probar el origen privativo de la contraprestación empleada en la adquisición. Es el caso que está en la base de la nuestra doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Aquí lo que verdaderamente pretende los cónyuges es aclarar (fijar) la naturaleza real de un determinado bien, particularmente a efectos de su inscripción. Por tanto, no hay transmisión de bienes o desplazamiento patrimonial; lo que se plantea es una cuestión de calificación del bien que uno de los cónyuges adquiere directamente del tercero que la vende”. Centrándose en este pacto la autora no cree que “pueda hablarse, como hace la Dirección General, de una auténtica causa onerosa derivada del hecho de que se atribuya carácter privativo a un bien adquirido con fondos también privativos, es decir, derivada de la “conmutatividad” entre la naturaleza asignada al bien y la de contraprestación empleada”. Por lo que entiende que “si se produce de verdad esa correspondencia lo que ocurre es que el bien resulta plenamente privativo por aplicación del principio de subrogación real”. Todo lo expuesto, le lleva a preguntarse si pueden los cónyuges alterar las reglas legales sobre calificación de los bienes existentes en el patrimonio y, los requisitos que, asimismo, exige la normativa hipotecaria para que se inscriban. A ello contesta que “no ve inconveniente en admitir el acuerdo de los cónyuges dirigido a modalizar el régimen de gananciales, pactando, en capitulaciones matrimoniales, las reglas oportunas que se separen del esquema legal”. De forma que “con la cobertura del referido acuerdo en capitulaciones no habría inconveniente en que

pueda inscribirse con carácter privativo los inmuebles adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges”. Por lo que, sin esta cobertura capitular entiende que “la eficacia plena de cualquier pacto de atribución de la privatividad no encaja bien en la normativa vigente porque deja vacío el contenido del artículo 1324 del Código Civil y correlativamente, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario y, de hecho, nadie va a recurrir a ella, con lo que la cautela reglamentaria para la protección de los legitimarios quedará eliminada *de facto*”⁵⁶.

Sobre tales bases, la citada autora se muestra partidaria de tales pactos de atribución de privatividad si están bajo cobertura capitular, no siendo en este caso necesario acreditar la causa de atribución de la privatividad, pues, el bien pasa directamente desde el patrimonio del vendedor al patrimonio privativo del cónyuge adquirente, sin pasar por el patrimonio ganancial. Si bien, comparte las críticas al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario que se sustentan desde la doctrina, no comparte su eliminación directa sin la correspondiente reforma legislativa⁵⁷.

Ahora bien, como precisa LÓPEZ IGLESIAS dicho pacto de atribución de la privatividad puede darse en dos distintos momentos: en el de adquisición, o una vez, producida ésta, y formando parte del patrimonio ganancial. Si bien, en ambos momentos se debe distinguir el pacto de atribución de privatividad a bienes gananciales de la confesión de privatividad por parte del cónyuge no adquirente, cuando no se pueda acreditar el carácter privativo de los fondos empleados para la adquisición por el otro cónyuge⁵⁸.

3. TOMA DE POSICIÓN. CONCLUSIONES

En este contexto, se debe partir de la premisa que nuestro ordenamiento reconoce un papel esencial a la voluntad de los cónyuges para la regulación de sus relaciones de naturaleza patrimonial desde la reforma de 1981.

Esta libertad de pacto permite a los cónyuges, en primer lugar, elegir el régimen por el que ha de regirse el matrimonio en capitulaciones matrimoniales ya sea antes de contraer nupcias o *a posteriori* durante su vigencia (artículo 1315 del Código Civil); sin perjuicio del principio de libertad de contratación no sólo con terceros, sino inter partes (artículo 1323 del Código Civil). Todo ello, bajo la incuestionable premisa que esta libertad de contratación está sujeta a las limitaciones impuestas por la ley, la moral y el orden público, como proclama el artículo 1255 del Código Civil. De modo que, si se acuerda el régimen de gananciales, o éste opera como régimen matrimonial supletorio de primer grado en defecto de pacto o cuando éste deviene ineficaz (artículo 1316 del Código Civil) han de aplicarse sus reglas generales de tal régimen económico contenidas en el Código Civil que, en ocasiones, actúan como limitaciones legales. Tal sería el caso, por ejemplo, de las normas que establecen el principio de subrogación real previsto tanto para bienes gananciales como para bienes privativos (artículos 1347.3 y 1346.3 del Código Civil). Respeto de ello, el Centro Directivo se ha pronunciado en las resoluciones analizadas, manifestando que estos artículos, precisamente, están limitados por el principio de contratación del artículo 1323 del Código Civil; y, que este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza

de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil), o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 y 1352 del Código Civil).

Ahora bien, estos preceptos deben ponerse en relación con el artículo 1361 del Código Civil que establece la presunción de ganancialidad aplicable a todo bien adquirido bajo el régimen económico de sociedad de gananciales. Esta presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario que ha de ser “suficiente, satisfactoria y concluyente”, pero en tanto no se obtenga esa prueba, los bienes adquiridos a título oneroso se presumen gananciales. No basta, en consecuencia, la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, admitiéndose el recurso a toda clase de pruebas encaminadas a probar el carácter privativo del bien o el hecho adquisitivo (dinero) del que resulte que el bien tiene esa naturaleza. En definitiva, los bienes adquiridos a título oneroso a costa o en sustitución de bienes privativos serán privativos previa prueba de que los fondos empleados en la adquisición tenían tal carácter. De todas formas, la presunción legal de ganancialidad (que no es absoluta, como demuestra el hecho de que ni para la Dirección General ni para la jurisprudencia se extiende a las deudas) no implica fatalmente —ni siquiera en el limitado ámbito del procedimiento administrativo registral— una prueba incontrovertible en contrario, sino que sólo deberá prevalecer cuando del título de adquisición (o de los hechos probados en sede judicial) no resulte otra cosa.

En este contexto, combinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 del Código Civil), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales, si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios. En consecuencia, estamos ante la absoluta preponderancia del patrimonio ganancial sobre los privativos que está en la base de lo que representa este régimen económico ante la exigencia de una masa común que cubra los gastos y las cargas de la familia; la denominada *vis atractiva* de la sociedad de gananciales.

Precisamente, el legislador ha referido esta noción de presunción de ganancialidad a efecto registral en el artículo 95.1.2 del Reglamento Hipotecario exigiendo que la prueba de la privatividad se haga en documento público y, calificando estos bienes como “presuntivamente gananciales”, esto es, como bienes integrantes del patrimonio consorcial.

Ahora bien, el cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso deberá probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (a efectos del artículo 1346.3 o, en su caso, del artículo 1354, o del artículo 1356 todos del Código Civil). Así, para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro. Por lo que, se permite destruir tal presunción de ganancialidad a través de tal confesión de privatividad, como medio probatorio, prevista en el artículo 1324 del Código Civil. Y, aunque este precepto permite cierta autonomía en la voluntad de los cónyuges, al mismo tiempo se protege a los herederos forzosos y a los acreedores; pues, tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de

la comunidad o de cada uno de los cónyuges; manteniendo con ello la esencia del régimen de gananciales. El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario se regula el modo de inscribir bienes cuya privatividad no se pruebe de modo indubitado, esto es, como privativos por confesión a nombre del cónyuge favorecido por la misma con plenos efectos *inter partes*; permitiendo a éste operar en el tráfico jurídico con todo tipo de negocios jurídicos, que accederán al Registro de la Propiedad de modo similar a los bienes privativos. Producido el fallecimiento del cónyuge confesante y hasta la partición de la herencia se exige al cónyuge supérstite contar con el consentimiento de los herederos forzosos ante cualquier acto o negocio dispositivo que pretenda realizar.

Por otra parte, la amplitud con que el artículo 1323 del Código Civil admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, posibilita aquellos acuerdos mediante los cuales se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber sido adquiridos antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.). En este marco, en particular, el artículo 1355 del Código Civil permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición. Se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición. El efecto del citado artículo 1355 es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial. Y, aunque tal precepto no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (artículo 1354 del Código Civil). De forma que, frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido se torna irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges. En todo caso, la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (artículo 1358 del Código Civil). Este derecho de reembolso procede, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Y, se aplica siempre que exista desequilibrio patrimonial entre las masas patrimoniales afectadas, con independencia de que el bien sea carácter ganancial o privativo por disposición legal o incluso por acuerdo entre los cónyuges, siempre que no sea expresa (o quizás también tácitamente) excluido y prevalece sobre la presunción de ganancialidad, incluso cuando uno o ambos cónyuges adquieren un bien para la sociedad de gananciales.

Pues bien, sobre tales bases, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en las resoluciones analizadas, lleva a cabo una interpretación sistemática del artículo 1323 del Código Civil con los preceptos citados del artículo 1347.3; 1324 y 1361 del Código Civil, indicando al respecto que, el primero limita la operatividad y aplicabilidad de los segundos. Además, nos indica, por un lado, que el propio artículo 1355 del citado cuerpo legal referido al pacto de atribución de ganancialidad opera en el amplio reconocimiento de la autonomía privada; constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos previsto en el artículo 1323 del Código Civil; y que este precepto se puede aplicar a la inversa, esto, es posibilitando el pacto de atribución de la privatividad. Y, por otro, que

atendiendo a la libertad de contratación entre los cónyuges es posible provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, utilizando un título “suficientemente causalizado” y cuyo régimen vendrá determinado en función de esa específica causalización (artículos 609, 1255 y 1261 del Código Civil); y con idéntico fundamento, ha de admitirse que los cónyuges puedan convenir que el bien adquirido a un tercero ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio privativo de uno de ellos, aunque cuando no se acredite la privatividad de los fondos, siempre que ese negocio conyugal atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación legal.

En las resoluciones de 12 de junio de 2020 queda acreditado el carácter oneroso del negocio al concurrir una conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados. Y en las resoluciones de 30 de mayo y 4 de julio de 2022 basta para que el desplazamiento aparezca causalizado que, se mencione la onerosidad o gratuidad de la atribución. Asimismo, en tales resoluciones como en otras analizadas se indica que, el contrato de adquisición que vincula a los cónyuges adquirentes con su transmitente y su causa gratuita u onerosa (donación, compraventa, etc.) es totalmente independiente del contrato de atribución de privatividad de lo adquirido y tiene su propia causa. En efecto, en nada afectará al negocio adquisitivo la consideración privativa o ganancial que el acuerdo entre los cónyuges o la ley en su defecto, atribuyan a lo adquirido. La protección registral brindada a los cónyuges adquirentes desplegará sus efectos frente a sus transmitentes de acuerdo con la naturaleza onerosa o gratuita de su adquisición, siéndoles indiferente a estos efectos el carácter ganancial o privativo de lo adquirido.

Por lo que, a diferencia del contrato de adquisición, la atribución de privatividad o ganancialidad se celebra exclusivamente entre cónyuges y tiene causa propia y atípica que, por gran parte de la doctrina se ha denominado *causa matrimonii*. En ocasiones, la necesidad de categorizar el negocio como oneroso o gratuito cuando a un bien previamente inscrito con un determinado carácter se le atribuya otro diferente (vid., Resolución de 17 de abril de 2002, entre otras muchas) ha llevado a concluir que la onerosidad dependía de la existencia de un derecho de reembolso del valor actualizado del bien afectado en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, se trata de dos circunstancias totalmente diferentes. La propia Dirección General señala que la existencia de un derecho de reembolso “por ejemplo” permite considerar que la causa sea onerosa, pero no la exige como presupuesto o requisito necesario de tal carácter. Asimismo, que, si el bien privativo se adquirió con dinero privativo de un cónyuge, se reconociera un derecho de reembolso a favor del patrimonio ganancial y se abonará su valor actualizado en la liquidación de la sociedad de gananciales, se producirá en este último momento una atribución gratuita a su favor y, en definitiva, del cónyuge que no aportó fondos en la adquisición. Si bien lo expuesto, en fin indica el Centro Directivo que, nada impediría que la causa potencialmente gratuita en su inicio deviniera en remuneratoria de servicios prestados por el cónyuge beneficiario a la sociedad de gananciales legalmente no exigibles o de difícil acreditación en cuanto a su cuantía; u onerosa, en caso de compensarse con otras aportaciones

de fondos privativos por parte del otro cónyuge para satisfacer cargas o deudas gananciales.

La exclusión del derecho de reembolso cuando hay coincidencia entre el origen de los fondos y el carácter de los bienes, en absoluto convierte al negocio de atribución en gratuito, pues respeta el equilibrio sinalagmático, sin transmisión o traspaso alguno entre los cónyuges, ni entre sus distintas masas patrimoniales.

Es, indiscutible, por tanto, que el negocio de atribución de ganancialidad o privatividad será gratuito cuando no coincidiendo el origen de los fondos con el carácter del bien adquirido, se excluya por acuerdo entre los cónyuges el derecho legal de reembolso. Pero también cuando coincidiendo, acuerden un derecho de reembolso en favor de uno de ellos (Resolución de 13 de noviembre de 2017).

De forma que, atendiendo a esta doctrina, para el Centro Directivo se puede admitir el carácter privativo: cuando se pruebe el origen de los fondos, o cuando se celebre un negocio jurídico de atribución de la privatividad concebido como un negocio traslativo oneroso o gratuito con todas las consecuencias fiscales.

Por tanto, desde tal posición los cónyuges pueden alterar las reglas sobre calificación registral de los bienes existentes en el matrimonio y, por ende, los requisitos que exige la normativa hipotecaria para que se inscriban los bienes como privativos o gananciales mediante el acuerdo de atribución de la privatividad.

Centrándonos en el pacto de atribución de atribución de la privatividad a un bien adquirido de común acuerdo por ambos cónyuges a un tercero, cuando es difícil probar el origen de los fondos empleados en la adquisición —supuesto sobre el que operan las resoluciones de la Dirección General—, procede señalar que, con su admisibilidad, se está suprimiendo por la vía de hecho o derogando fácticamente el artículo 95.4, así como los apartados 5 y 6 en lo que se refiere al mencionado apartado 4; y también el apartado 2 del artículo 144 ambos del Reglamento Hipotecario. Y, asimismo, se deja sin operatividad el artículo 1324 del Código Civil; y, el artículo 1361 del citado cuerpo legal, al obviar la exigencia de una prueba rigurosa y contundente de los fondos aportados.

Además, aunque la Dirección General, acertadamente exige la “causalización” de la atribución de la privatividad; lo cual resulta lógico en nuestro sistema causalista. Si bien, en el complejo negocial que conforma el contrato de adquisición que vincula a los cónyuges adquirentes con su transmitente, y el contrato de atribución de privatividad de lo adquirido, quizá resulta difícil diferenciar ambas causas, llegando según expuso GARCÍA GARCÍA, a confundirse erróneamente las causas de ambos negocios, cuando, precisamente, brilla por su ausencia la del pacto de atribución. La Dirección General resuelve la cuestión destacando la autonomía de ambos negocios; de forma que, el pacto de atribución de la privatividad tiene su propia causa. En efecto, en nada afectará al negocio adquisitivo la consideración privativa o ganancial que el acuerdo entre los cónyuges o la ley en su defecto, atribuyan a lo adquirido. La protección registral que se brinda a los cónyuges adquirentes desplegará sus efectos frente a sus transmitentes de acuerdo con la naturaleza onerosa o gratuita de su adquisición, siéndoles indiferente a estos efectos el carácter ganancial o privativo de lo adquirido. Además, no es necesario acudir a un negocio jurídico de compraventa o donación, sino que basta con que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma se deduzca de los términos del contrato. Onerosidad que se deduce de la correspondencia

entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición, lo que, para el Centro Directivo implica la concurrencia de una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados. Todo ellos, sin perjuicio, de acordar un derecho de reembolso que determinará si la causa es onerosa o gratuita. Recordemos que, la propia Dirección General señala que, la existencia de un derecho de reembolso permite considerar que la causa sea onerosa, pero no la exige como presupuesto o requisito necesario de tal carácter. Asimismo, que la exclusión del derecho de reembolso cuando hay coincidencia entre el origen de los fondos y el carácter de los bienes, en absoluto convierte al negocio de atribución en gratuito, pues respeta el equilibrio sinalagmático, sin transmisión o traspaso alguno entre los cónyuges, ni entre sus distintas masas patrimoniales. Por tanto, entiende que, el negocio de atribución de ganancialidad o privatividad será gratuito cuando no coincidiendo el origen de los fondos con el carácter del bien adquirido, se excluya por acuerdo entre los cónyuges el derecho legal de reembolso. Pero también cuando coincidiendo, acuerden un derecho de reembolso en favor de uno de ellos.

Por otra parte, no cabe duda que, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario ha suscitado críticas y se puede comprender las voces que propugnan su derogación. Este precepto, como los artículos 95.1 y 96.1 de la citada norma reglamentaria, fueron introducidos en 1982 para acomodar la legislación hipotecaria a la reforma del Código Civil por la Ley 1981 y, fueron, inicialmente, interpretados por la doctrina de un modo claramente restrictivo. Superado el temor y la sospecha del carácter fraudulento de los contratos entre cónyuges, la doctrina y la propia Dirección General fueron perfilando el concepto de “prueba documental pública”. A tal fin, se entendió que no bastaba la simple manifestación del cónyuge adquirente en la escritura acerca del carácter privativo del dinero para entender cumplida la exigencia de la prueba del carácter del precio o contraprestación. De manera que, se generalizó en la práctica la confesión de tal carácter por parte del cónyuge no adquirente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil, practicándose la inscripción con carácter privativo por confesión, con los efectos limitados respecto de los legitimarios diferidos al momento de la liquidación *post mortem* de la sociedad conyugal previstos en el mencionado artículo 95.4. Con posterioridad, este esquema, anclado en el principio de subrogación real, fue, precisamente, superado cuando la Dirección General admitió los negocios de aportación a la sociedad de gananciales y los de atribución de ganancialidad primero y de privatividad después. Entendiendo que eran negocios jurídicos autónomos y atípicos inscribibles siempre que se explicitase si su causa era onerosa o gratuita, por la diferente protección brindada por el Registro a unos y otros negocios; no siendo suficiente a tal efecto la eficacia general del derecho de reembolso del artículo 1358 del Código Civil. En línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Dirección General ha ido perfilando la diferencia entre estos negocios y la confesión de privatividad, reducida a una simple manifestación de carácter procesal desvirtuadora de la presunción de ganancialidad con efectos limitados respecto de acreedores y legitimarios, que necesariamente tiene su manifestación más clara en la doctrina concretada en la citada Resolución de 13 de noviembre de 2017, que ha sido ratificada por otras posteriores, declarando, a tal efecto, el orden legal de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: la autonomía de

la voluntad de los cónyuges, las disposiciones legales especiales y por último, el principio general de subrogación real. Doctrina, claramente inspirada en las legislaciones forales de Aragón y Navarra, citadas expresamente en sus fundamentos jurídicos.

Por otra parte, nos manifestamos partidarios que, aquellas posiciones doctrinales que, proponen la conveniencia de dar al artículo 1324 del Código Civil un contenido similar al artículo 214 del Código foral aragonés y, que la defensa de los acreedores y herederos legitimarios tenga lugar en sus justos términos y no en detrimento de la posición del cónyuge supérstite al que, además “del no perjuicio” de la confesión para aquellos, ha de contar con su consentimiento para todos los actos dispositivos que, quiera realizar tras el fallecimiento del cónyuge confesante. Todo ello implica también la necesidad de modificar la norma reglamentaria del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario en los términos expuestos.

Con la admisibilidad de los pactos de atribución de la privatividad a los bienes comprados por uno de los cónyuges en base a un acuerdo conjunto de ambos en tal sentido y sin necesidad de probar la procedencia privativa de los fondos; ciertamente, se aminora la *vis atractiva* del patrimonio ganancial y se refuerza el campo de operatividad de los patrimonios privativos de ambos cónyuges sobre la base legal de la libre contratación de los cónyuges (artículo 1323 del Código Civil).

En este contexto, nos parece oportuno que se posibilite estos pactos de privatividad; si bien, con la exigencia de una regulación legal. No bastando, por tanto, con el juego del principio de libre contratación entre cónyuges, tantas veces mencionado. En tanto no se procede a la citada reforma legislativa de nuestro Código Civil en sede de gananciales y, por ende, de nuestro Reglamento Hipotecario, consideramos que sería conveniente incluir en las escrituras de compraventa, lo que MADRIDEJOS FERNÁNDEZ llama “cláusula Oñate”, o proceder como hacen LÓPEZ FRÍAS y CALAZA LÓPEZ a amparar ese pacto bajo un soporte capitular. Asimismo, consideramos pertinente rebajar las exigencias probatorias de la procedencia privativa de los fondos para desvirtuar la presunción de ganancialidad, máxime si tenemos presente la fungibilidad del dinero y la insuficiencia de las manifestaciones de las partes en tal sentido. En fin, propugnamos una interpretación flexible del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, como propone la Dirección General en sus últimas resoluciones, adaptando su regulación a la realidad social y al contenido del artículo 1324 del Código Civil, teniendo en cuenta que se trata de una norma reglamentaria subordinada jerárquicamente a tal norma sustantiva. En todo caso, sería fiscalmente recomendable esta operación de acuerdo de atribución de la privatividad de un bien, pues, en principio, operaría a efectos fiscales como una aportación de bienes; en consecuencia, exenta fiscalmente del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, si tiene una base onerosa. Lo que no se descarta, como entiende MADRIDEJOS FERNÁNDEZ que, la autoridad tributaria opte por operar de otro modo.

En todo caso, la Dirección General, adelantándose en el tiempo, ha llevado a cabo un cambio normativo por la vía de hecho, sin haber tenido lugar por la vía de derecho, esto es, por el legislador. Una futura modificación podría operar, como hemos indicado, en la línea marcada por la regulación contenida en los diferentes ordenamientos forales.

En fin, es posible el acuerdo para el traspaso de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges celebrando para ello un negocio jurídico. Supone un desplazamiento patrimonial de un bien de un patrimonio ganancial al privativo. Lo que, supondría una “aplicación inversa” del artículo 1355 del Código Civil; si bien, coincidiendo que en ambos institutos jurídicos hay un acuerdo de los cónyuges de traspasar un bien (ganancial o privativo) al patrimonio ganancial o privativo, según estemos ante una atribución de la ganancialidad o atribución de la privatividad respectivamente.

La causa de esta atribución de la privatividad podía ser onerosa o gratuita que deberá hacerse explícita en la inscripción y que, además, ese traspaso tiene consecuencia fiscal en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o en el de donaciones.

V. BIBLOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, duodécima edición, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^aP. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi.
- BLANQUER UBEROS, R. (2003). “La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad. La fijación negocial de privatividad”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T.III*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.
- BORRUEL GARCÉS, Y. (2022). “La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un negocio jurídico?”, *Diario La Ley, número 10170, noviembre*, pp. 1-5.
- CALAZA LÓPEZ, C.A. (2017). “El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas *de lege ferenda*”, *LA LEY Derecho de familia, número 15, julio*, pp. 1-24.
- (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *LA LEY. Derecho de familia, número 35, julio*, pp. 1-29.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1986). “La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXIX, Fasc. II, abril-junio*, pp. 339-536.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1982). “Comentario al artículo 1324 del Código Civil”. En: M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 1.º, 2.ª ed.*, Madrid: Edersa.
- (1984). “Comentario al artículo 1361 del Código Civil”. En: M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 2.º*, Madrid: Edersa.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2021). “La sociedad legal de gananciales”. En: J.R. De Verda y Beamonte, *Derecho Civil IV Derecho de Familia, 4.ª ed.*, Valencia. tirant lo blanch.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2012). “La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año*

- LXXXVIII, número 734, noviembre-diciembre, pp. 3195-3211.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 11.ª ed., Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). “Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación realizada en el momento de la adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 114, septiembre-diciembre, pp. 1-18.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (2023). “La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso”, *LA LEY Derecho de familia*, número 37, enero, pp. 1-15.
- GARCÍA GARCÍA, M. (2021). “Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y de 12 de junio de 2020 (1.ª y 4.ª): el pacto de atribución del carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 5, mayo, pp. 1-14.
- 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 DE PALMA, V. (1993). *Derecho de familia*, Madrid: Trivium.
- GASPAR LERA, S. (2016). “Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada en el régimen económico matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 753, enero-febrero, pp. 255-284.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1987). *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal. Análisis crítico del precepto contenido en el artículo 1324 del Código Civil*, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2019). “Régimen económico de gananciales (I)”. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia y Sucesiones*, 9.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.
- GUTIÉRREZ BARRENEGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Madrid: Dykinson.
- HERRERO GARCÍA, M.J. (1993). “Comentario al artículo 1324 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León, P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- 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.
- LATAS ESPÍÑO, M.ª.J. (2022). “La confesión de privatividad: un análisis del ar-

- título 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo”, *LA LEY Derecho de familia*, número 35, julio, pp. 1-16.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: tirant lo blanch.
- LÓPEZ IGLESIAS, L. (2020). “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 25, enero, pp. 1-13.
- LÓPEZ FRIAS, A. (2022). “La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, número 4, octubre-diciembre, pp. 269-301.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad”, *El Notario del Siglo XXI*, número 97, mayo-junio, pp. 70-76.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a DEL M. (2016). “Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria”, *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10, noviembre, pp. 1-27.
- MARAÑÓN ASTOLFI, M. (2021). “La atribución voluntaria de ganancialidad y la libertad de pactos entre los cónyuges. Comentario a la sentencia del TS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020,374)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 54, enero-abril, pp. 1-8.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2021). “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 6.^a ed., Madrid: Edisofer.
- MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). “Aspectos del artículo 1324 del Código Civil”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, separata del vol. IV*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- MONFORT FERRERO, M.^aJ. (2016). “Comentario al artículo 1324 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs), *Código Civil comentado*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- MONTERO GIMÉNEZ, J.M.^a. (2020). “La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles”, *LA LEY Derecho de familia*, número 25, enero, pp. 1-20.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). “Comentario al artículo 1324 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Valencia: tirant lo blanch.
- (2021). “Comentario al artículo 1361 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- NIETO ALONSO, A. (2021). “La atribución voluntaria de la ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, abril-junio, pp. 39-91.
- OLIVARES JAMES, J. M.^a. (1983). “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del

- Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, pp. 279-326.
- OÑATE CUADRAS, FCO. (2020). “Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales”, *El Notario del Siglo XXI*, número 93, septiembre-octubre, pp. 172-177.
- PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre cónyuges*, Madrid: Dykinson.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). “Comentario al artículo 1345 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentarios del Código Civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). “La sociedad de gananciales (2)”. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III Los regímenes económicos matrimoniales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). *El régimen de gananciales*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J.J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos.
- 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.
- (2013). “Comentario al artículo 1355 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Valencia: tirant lo blanch.
- (2013). “Comentario al artículo 1361 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Valencia: tirant lo blanch.
- REPRESA POLO, M.^aP. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Madrid: Reus.
- RIVERA SABATÉ, V. (2006). “Acerca de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, número 90, mayo-junio, pp. 63-78.
- RUIZ ALCARAZ, S. (2016). “La presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil”, *Actualidad Civil*, número 12, diciembre, pp. 1-16.
- SANTILLANA SANTACRUZ, R. (2020). “Pacto de atribución de ganancialidad o privatividad a los bienes bajo el régimen de gananciales”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 29, pp. 732-745.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). “Comentarios al artículo 1361 del Código Civil”. En: Cañizares Laso, De Pablo Contreras P., Orduña Moreno J., y Valpuesta Fernández R., *Código Civil comentado*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á. (2017). “La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales”. En: J.M. Emid Irujo, J.M. Miquel González, y A.M. Morales Moreno (dirs.); C. Arija Soutillo y M.J. Santos Morón (coords.), *Estudios Jurídicos Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1995). *Panorama de Derecho Civil*, 2.^a ed., Barcelona: Bosch.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1951.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 1960.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 1965.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1967.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 1996.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2000.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2007.
- STS (Pleno) Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2023.
- RDGRN de 10 de marzo de 1989.
- RDGRN de 14 de abril de 1989.
- RDGRN de 25 de septiembre de 1990.
- RDGRN de 14 de septiembre de 1992.

- RDGRN de 7 y 26 de octubre de 1992.
- RDGRN de 21 de mayo de 1998.
- RDGRN de 13 de febrero de 1999.
- RDGRN de 18 de octubre de 1999.
- RDGRN de 15 y 30 de noviembre de 1999.
- RDGRN de 8 de mayo de 2000.
- RDGRN de 7 de diciembre de 2000.
- RDGRN 12 de junio y 18 de septiembre de 2003.
- RDGRN de 9 de marzo de 2005.
- RDGRN de 22 de junio de 2006.
- RDGRN de 15 de junio de 2009.
- RDGRN de 5 de diciembre de 2009.
- RDGRN de 29 de marzo de 2010.
- RDGRN de 19 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de agosto de 2010.
- RDGRN de 29 de febrero de 2012.
- RDGRN de 4 de junio de 2012.
- RDGRN de 8 de junio de 2012.
- RDGRN de 9 de julio de 2012.
- RDGRN de 14 de mayo de 2013.
- RDGRN de 12 de junio de 2013.
- RDGRN de 10 de abril de 2015.
- RDGRN de 2 de marzo de 2016.
- RDGRN de 3 de mayo de 2016.
- RDGRN de 22 de julio de 2016.
- RDGRN de 15 de marzo de 2017.
- RDGRN de 25 de julio de 2017.
- RDGRN de 17 de noviembre de 2017.
- RDGRN de 4 de julio de 2018.
- RDGRN de 7 de noviembre de 2018.
- RDGSJFP de 26 de febrero de 2020.
- RDGSJFP de 12 de junio de 2020 (dos).
- RDGSJFP de 15 de enero de 2021.
- RDGSJFP de 19 de abril de 2021.
- RDGSJFP de 3 de junio de 2021.
- RDGSJFP de 8 de septiembre de 2021.
- RDGSJFP de 9 de septiembre de 2021 (dos).
- RDGSJFP de 11 de abril de 2022.
- RDGSJFP de 30 de mayo de 2022.
- RDGSJFP de 7 de junio de 2022.
- RDGSJFP de 30 de junio de 2022.
- RSGSJFP de 4 de julio de 2022.
- RDGSJFP de 30 de noviembre de 2022.
- RDGSJFP de 30 de enero de 2023.
- RDGSJFP de 8 de marzo de 2023.
- SAP Palencia, secc. Única, de 20 de marzo de 2000.
- SAP Zamora, secc. Única, de 5 de mayo de 2000.

- SAP Murcia, secc. 4.^a, de 26 de diciembre de 2000.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 1 de julio de 2002.
- SAP Cáceres, secc. 5.^a, de 27 de enero de 2004.
- SAP Granada, secc. 3.^a, de 21 de marzo de 2005.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.^a, de 29 de abril de 2005.
- SAP Valladolid, secc. 3.^a, de 20 de octubre de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, de 16 de enero de 2006.
- SAP Salamanca, secc. 1.^a, de 28 de diciembre de 2007.
- SAP Guadalajara, secc. 1.^a, de 23 de enero de 2008.
- SAP Pontevedra, secc. 3.^a, de 4 de marzo de 2013.
- SAP La Rioja, secc. 1.^a, de 4 de diciembre de 2013.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, de 25 de noviembre de 2014.
- SAP Salamanca, secc. 1.^a, de 24 de marzo de 2015.
- SAP Cuenca, secc. 1.^o, de 27 de septiembre de 2016.
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, de 15 de noviembre de 2016.
- SAP Salamanca, secc. 1.^a, de 21 de noviembre de 2016.
- SAP Lugo, secc. 1.^a, de 26 de marzo de 2019.
- SAP Álava, secc. 1.^a, de 16 de mayo de 2019.
- SAP Murcia, secc. 5.^a, de 26 de mayo de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, de 14 de febrero de 2022.
- SAP Valencia, secc. 8.^a, de 16 de febrero de 2022.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, de 13 de abril de 2022.

NOTAS

¹ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastrería del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, p. 14.

² Boletín Oficial del Estado, número 207, de 31 de julio de 2020, pp. 61289-61291.

³ GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). “La sociedad de gananciales”, *op. cit.*, p. 327; CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastrería del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, p.13; REPRESA POLO, M.^a.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁴ En este contexto, CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastrería del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, p. 13.

⁵ REPRESA POLO, M.^a.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.*, p. 46.

⁶ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastrería del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, p. 13. Por su parte, GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). “La sociedad de gananciales”, *op. cit.*, p. 432 admiten también la prueba de los fondos empleados aportada tanto por los cónyuges, como terceros afectados.

En todo caso, para REPRESA POLO, M.^a.P. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, *op. cit.*, p. 47 esta presunción es “reflejo, una vez más, de la *vis atractiva* de la masa ganancial u de la presunción del artículo 1361 del Código Civil”.

⁷ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastrería del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, p. 21; BORRUEL GARCÉS, Y. (2022). “La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?”, *Diario La Ley*, número 10170, noviembre, p. 4.

⁸ RJ 1990,7153.

⁹ RJ 1983,1088 señala que “en efecto, la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada, en el nuevo artículo 1323 del Código Civil autoriza el entender permitido, como regla general, la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, o como en este caso concreto, en donde haya un reconocimiento o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente sino también por su consorte, ya que, de un lado, el principio de subrogación real evita exista un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido, y, de otro lado, no puede entenderse se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo del doble concepto del vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses”.

¹⁰ Boletín Oficial del Estado, núm. 267, de 7 de noviembre de 1990, pp. 32817 a 32818. Asimismo, vid., la resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991 (RJ 1991,592).

¹¹ Boletín Oficial del Estado, núm. 227, de 20 de septiembre de 2012, pp. 66263 a 66265.

¹² Boletín Oficial del Estado, número 291, pp. 116565 a 116569; RJ 2017,5202.

¹³ RJ 2022,3084.

¹⁴ RJ 1993,9141.

¹⁵ RJ 1998,10485.

¹⁶ RJ 2018,3887.

¹⁷ RJ 2020,3365 los cónyuges por pacto han determinado el carácter privativo de los bienes comprados por el marido, abstracción hecha de que no ha podido acreditarse el carácter privativo de los mismos mediante la aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado; y RJ 2020,3382 adquisición de una participación indivisa del 70% con carácter ganancial del matrimonio y otra del 30% con carácter privativo de la esposa.

¹⁸ RJ 2021,207 los cónyuges determinan el carácter privativo del bien comprado por el marido, sin necesidad de acreditar tal carácter —por aplicación directa del principio de subrogación real— mediante prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado; de modo que, ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, además, en la escritura queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos.

¹⁹ RJ 1989,3403.

²⁰ RJ 1992,8302; RJ 1992,8582.

²¹ RJ 1993,5418.

²² RJ 1996,4012.

²³ RJ 1999,9163; RJ 1999,9428.

²⁴ RJ 2001,4788; RJ 2002,2397.

²⁵ RJ 2002,8099.

²⁶ RJ 2003,4224; RJ 2003,6334.

²⁷ RJ 2022,3084.

²⁸ RJ 2007,3592.

²⁹ RJ 2010,2375; RJ 2010,2500; RJ 2010,5278.

³⁰ RJ 2011,933; RJ 2012,2571.

³¹ RJ 2017,5202.

³² RJ 2018,3887.

³³ RJ 2021,5527 los cónyuges por pacto determinan el carácter privativo de los bienes comprados por la esposa; RJ 2021,4763 una cooperativa de viviendas adjudica el pleno dominio de dos fincas a dos personas que lo adquieren por mitad *pro indiviso*, haciéndose constar por ellos y sus respectivos cónyuges —casados en régimen de gananciales— que acuerdan que cada una de esas mitades indivisas tengan carácter privativo del cónyuge adquirente y solicitan que se inscriba a nombre del citado adquirente por haber sido adquirido con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa, por ser los fondos empleados para el pago de la mitad del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente y no procederá el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil; y, RJ 201,4598 una cooperativa de viviendas adjudica el pleno dominio de una cuarta parte indivisa de determina finca a cada una de dos personas que lo adquieren, haciéndose constar por ellas y sus respectivos cónyuges —casados en régimen legal de gananciales— que acuerdan que cada una de esas cuartas partes indivisas tenga carácter privativo del cónyuge adquirente y solicitan que se inscriba a nombre del citado adquirente por haber sido adquirido con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa, por ser los fondos empleados para el pago de la mitad del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente y no procederá el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil.

³⁴ RJ 2022,3321 adjudicación por extinción de la comunidad. Los cónyuges manifiestan que “convienen dar carácter privativo absoluto o puro a la mitad indivisa de la finca adquirida” y ello porque el dinero pagado por él a los anteriores copropietarios es de su exclusiva pertenencia —procedente de la donación paterna formalizada mediante la escritura que se reseña—. Se tienen en cuenta no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada, sino también la intención evidente de su otorgantes reflejada en el negocio documentado. La valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto, debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando que una mitad indivisa de las fincas adjudicadas mediante la extinción de la comunidad tengan carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de éste por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión. Ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

³⁵ RJ 2022,3345.

³⁶ RJ 2023,576 los cónyuges por pacto están determinando el carácter parcialmente privativo del bien comprado por el esposo.

³⁷ JUR 2022,382859.

³⁸ La negrita es nuestra.

³⁹ RJ 2020,5446.

⁴⁰ RJ 1992,4906.

⁴¹ RJ 2020,3674. En el mismo sentido, la Resolución de la DGSJFP de 9 de octubre de 2020 (RJ 2020,3688).

⁴² DIEZ SOTO, C.M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 235-236; PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre cónyuges*, Madrid: Dykinson, pp. 117-120; GUTIÉRREZ BARRENEGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Madrid: Dykinson, p. 247; DÍEZ SOTO, C.M. (2013). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonio en el régimen de gananciales*, op. cit., p. 375.

⁴³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1986). “La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, op. cit., p. 430; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, vol. IV, op. cit.*, p. 180; SANTILLANA SANTACRUZ, R. (2020). “Pacto de atribución de ganancialidad o privatividad a los bienes bajo el régimen de gananciales”, *Revista Boliviana de Derecho, número 29*, p. 4933; DE LOS MOZOS, J.L. (2000). “Comentario a los artículos 1355 a 1357 del Código Civil”. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XIV*, Madrid: Edersa, p. 3; GARRIDO DE PALMA, V. (1993). *Derecho de familia*, Madrid: Trivium, p. 61.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, vol. IV, op. cit.*, p. 177 precisamente, aboga por admitir que, los esposos puedan conferir condición privativa por mutuo acuerdo a un bien común, aplicando inversamente la regla del artículo 1355 “porque todo entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad”. En todo caso para el autor “habrá de dilucidarse en cada caso si la atribución supone una entrega a cuenta de la cuota del consorcio o bien es entrega como préstamo con la consiguiente obligación de reembolso, o una donación del consorcio al individuo”.

⁴⁵ RAMS ALBESA J.J. (1992). *La sociedad de gananciales*, op. cit., pp. 186-189.

⁴⁶ GASPAR LERA, S. (2016). “Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada en el régimen económico matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 753*, p. 258; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). “Comentario al artículo 1355 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch, p. 9581; NIETO ALONSO, A. (2021). “La atribución voluntaria de la ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil”, *Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 2, abril-junio*, p. 69.

⁴⁷ REPRESA POLO, M.^aP. (2019). *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, op. cit., pp. 65-67.

⁴⁸ OÑATE CUADRAS, FCO. (2020). “Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales”, *El Notario del Siglo XXI, número 93, septiembre-octubre*, pp. 175 y 177 de ahí que, proponga como solución notarial para el Código Civil su fórmula magistral que se reproduce en sus recursos: “Los cónyuges acuerdan que el bien tenga carácter privativo de D... y solicitan que se inscriba a nombre del adquirente por haber sido adquirido por tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión. El pacto entre los cónyuges tiene causa (elijase lo que proceda): onerosa y siendo los fondos empleados privativos del adquirente, no procederá el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil; onerosa y siendo los fondos empleados gananciales, procederá el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil; onerosa y siendo los fondos empleados gananciales, procederá el reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil; gratuita, por ser

los fondos empleados privativo del adquirente y haberse pactado del reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil; y gratuita, por ser los fondos empleados gananciales y haberse excluido el reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil”.

⁴⁹ CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del artículo 1324 del Código Civil (1)”, *op. cit.*, pp. 14-15; de la misma autora (2017). “El Inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de lege ferenda”, *op. cit.*, p. 13. manifiesta que “constatada la existencia de situaciones de grave dificultad financiera de los esposos (...), propugna un fortalecimiento del patrimonio autónomo privativo como salvaguarda del interés supremo de la familia y la utilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales individualizadas que sin obedecer a las disposiciones habituales de los formularios notariales, se ajusten a la concretas y específicas necesidades de las partes, en función de sus respectivos patrimonios previos, y en las que atendiendo a la naturaleza de los bienes que de ordinario ingresan constante matrimonio, se determine indudablemente su calificación privativa o ganancial”.

⁵⁰ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. (2021). “El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad”, *El Notario del Siglo XXI, número 97, mayo-junio*, pp. 76-77.

⁵¹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). “La sociedad de gananciales (2)”, *op. cit.*, p. 847; del mismo autor (2017). *El régimen de gananciales, op. cit.*, pp. 195-196.

⁵² LÓPEZ IGLESIAS, L. (2020). “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *LA LEY Derecho de Familia, número 25, enero*, p. 8; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). “Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación, realizada en el momento de adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa”, *op. cit.*, p. 11.

⁵³ GARCÍA GARCÍA, M. (2021). “Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y de 12 de junio de 2020 (1.ª y 4.ª): el pacto de atribución del carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa”, *Revista Aranzadi Doctrinal, número 5, mayo*, pp. 4-14.

⁵⁴ BORRUEL GARCÉS, Y. (2022). “La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un negocio jurídico?”, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁵⁵ LATAS ESPINO, M.ª.J. (2022). “La confesión de privatividad: un análisis del artículo 1324 del Código Civil y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁵⁶ LÓPEZ FRÍAS, A. (2022). “La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Civil, vol. IX, número 4, octubre-diciembre*, pp. 287-293.

⁵⁷ LÓPEZ FRÍAS, A. (2022). “La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁸ LÓPEZ IGLESIAS, L. (2020). “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *op. cit.*, p. 5.

1.3. Derecho Reales

Evolución del derecho de cosas y sus retos de futuro

Evolution of law of things and its future challenges

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria.*

RESUMEN: El Derecho de cosas, los derechos reales, como parte estática del Derecho civil patrimonial, ha experimentado una evolución desde sus orígenes hasta su configuración actual. De igual forma, hoy en día, debe afrontar el estudio de una serie de cuestiones nuevas que, según cómo se aborden, van a producir cambios en los principios estructurales del Derecho de cosas tal y como se entiende hoy en día. Analizamos en este artículo esta evolución del Derecho de cosas, haciendo una proyección hacia el futuro y los retos que ineludiblemente va a tener que abordar.

ABSTRACT: *The Law of things, the real rights, as a static part of the patrimonial civil Law, has undergone an evolution from its origins to its current configuration. In the same way, today, it must face the study of a series of new issues that, depending on how they are addressed, will produce changes in the structural principles of the land Law as it is understood today. In this article we analyze this evolution of the land Law, making a projection towards the future and the challenges that it will inevitably have to address.*

PALABRAS CLAVE: derecho de cosas, derechos reales, retos, evolución y caracteres.

KEY WORDS: *Law of things, land Law, real rights, challenges, evolution and characters.*

SUMARIO: I. DERECHO DE COSAS.—II. EVOLUCIÓN DERECHO DE COSAS. 1. VICISITUDES CONFIGURADORAS DEL DERECHO DE COSAS EN LA ACTUALIDAD.—III. RETOS Y FUTURO DEL DERECHO DE COSAS. 1. LA GLOBALIZACIÓN EN LOS DERECHOS

REALES. 2. LA LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DERECHOS REALES. *a) Vivienda familiar. b) Hipoteca.* 3. *Derechos reales y sociedad digital.*—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. DERECHO DE COSAS

El Derecho de cosas, parte estática o pasiva del Derecho civil patrimonial, es el estatuto jurídico de los bienes económicos, es decir, aquella parte del Derecho civil que pretende resolver la atribución, la utilización y disfrute de los bienes económicos, tratando de repartir a cada uno los suyos. En concreto, trata de dar respuesta a la extensión y límites de esta dominación: extensión cuantitativa (qué cantidad de bienes se pueden poseer y explotar), cualitativa (qué tipo de poderes se pueden ejercer sobre los bienes) y temporal (cuál es la duración de las formas de explotación). Por tanto y, en resumen, el Derecho de cosas pretende regular qué bienes se pueden explotar, cuál es su destino y si este se debe ejercer al arbitrio de cada uno o por el contrario debe estar coordinado y regulado. El elemento básico del Derecho de cosas es el derecho real, o poder directo e inmediato que tiene el hombre sobre una cosa, que es inherente y absoluto, caracteres de los que deriva su oponibilidad *erga omnes* y su reipersecutoriedad.

Las normas que regulan esas relaciones directas entre el hombre y las cosas forman parte del Derecho civil patrimonial, pero, a la vez, están en íntima conexión con otras ramas del Derecho, como el ordenamiento jurídico público y principios políticos y constitucionales, y a lo largo de la historia han cambiado según las distintas consideraciones económicas y políticas de la propiedad. Corresponde que analicemos a continuación esa evolución, para ver cómo se ha configurado y ha ido cambiando esta parte del Derecho.

II. EVOLUCIÓN DERECHO DE COSAS

1. VICISITUDES CONFIGURADORAS DEL DERECHO DE COSAS EN LA ACTUALIDAD

Desde sus orígenes, los derechos reales han sido parte importante del Derecho civil, pues la preocupación por la propiedad (sobre todo inmobiliaria), su defensa, y su extensión, ha sido una constante para el hombre, desde el Derecho romano hasta la actualidad.

En efecto, tanto en el Derecho romano (*Ius civile*), como en el Derecho medieval, la propiedad inmobiliaria (en aquel momento rústica), los derechos de servidumbre que recaían sobre ella, sus limitaciones, las facultades de goce, disfrute y enajenación de aquella, y la garantía que suponían los propios inmuebles para asegurar operaciones en el tráfico jurídico, constituían una parte esencial del ordenamiento jurídico privado.

Con la concepción moderna del Derecho civil, como Derecho privado común de la persona, y su recepción en los códigos, el Derecho de cosas y los derechos reales, cuyo mayor exponente es el derecho de propiedad, alcanzan su momento de esplendor, llegando casi a identificarse el Derecho civil con ellos. Pues, el

Derecho civil en ese momento es prácticamente derecho patrimonial, ya que el concepto de persona que manejaba el legislador se reducía a su dimensión económica, considerándolo como sujeto titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, basadas en la autonomía de la voluntad del individuo.

Precisamente, en la época de la codificación, tras terminar la revolución francesa, el concepto de propiedad que predominaba —y así se transmite a nuestro Código—, es el de una propiedad privada, exclusiva y absoluta. El liberalismo se impone en la configuración del Código, que así recibe un concepto de propiedad prácticamente sin limitaciones (art. 392CC), donde el propietario puede usar y disponer de la misma a su libre albedrío.

Además, se recibe en el Código una idea de propiedad inmobiliaria agraria o rústica, como corresponde a la época, plasmada en un sinnúmero de artículos que hoy, incluso, nos sorprenden¹.

En la actualidad, partiendo de ese concepto de propiedad que recibió el Código y, si examinamos los caracteres de los derechos reales, o del Derecho de cosas, veremos que, al igual que ha ocurrido con todo el Derecho civil, el Derecho de cosas se ha visto sometido a los mismos procesos de “desintegración” “constitucionalización” “despatrimonialización”, “publicación” y “supranacionalización” que aquel, que van a caracterizar materia de derechos reales como la conocemos en la actualidad.

a) Desintegración: En el siglo XIX durante la codificación, y ante el retraso de esta causado por la oposición de los foralistas, se produce la separación o disgregación de una parte importante de lo que debería ser el Código civil, y se aprueba y publica la Ley Hipotecaria en 1861. Las razones para ello fueron eminentemente prácticas: existía la urgente necesidad de dotar de publicidad a los derechos reales inmobiliarios, fundamentalmente a la hipoteca que necesitaba de su publicidad a través del Registro de la propiedad, para que los acreedores prestaran con garantías de cobro seguras, y se diera seguridad al crédito territorial. Ante esta situación, se decide adelantar la publicación parte del Código civil que debería haber sido el Libro destinado al Registro de la Propiedad, y por meras razones de urgencia legislativa, nace separado de él y así permanece hasta la actualidad, pues nunca se volvió a incorporar al mismo. No obstante, esta separación, puramente práctica, no implica la desintegración del Derecho de cosas respecto del Derecho civil en una ley especial, pues las remisiones entre el Código y la Ley hipotecaria (y su correspondiente reglamento), son expresas, formando un mismo ordenamiento civil. De este modo, baste ver los arts. 606-608 CC, sobre todo este último que afirma que “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 en sus libros se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”. Igualmente, el art. 1880 CC y, en relación con el derecho real de hipoteca, remite para su regulación a la misma Ley Hipotecaria. Esta remisión expresa significa dos cosas: a) Que la Ley hipotecaria sigue vigente en su totalidad tras la publicación del Código civil, sin que este lo haya derogado, y b) que las disposiciones de la Ley Hipotecaria se incorporan al Código como si fueran parte de él². Se trata, por tanto, de una disgregación meramente formal y coyuntural, pero el ordenamiento civil es completo en este aspecto.

Más tarde, se publican otras leyes especiales separadas del Código que afectan a materia propia de los derechos reales, como pueden ser, la Ley de propiedad horizontal (para la que también hay remisión expresa del Código en el art. 396CC), o las leyes relativas a propiedad intelectual e industrial, que se separan del Código por la especialidad de su materia, pero, ello, no significa que el Derecho de cosas quede vacío de contenido, o se diluya en esas leyes especiales, ya que estas vuelven al Código para encontrar su base y fundamento, y forman parte de todo el marco normativo de la asignatura de derechos reales.

b) Constitucionalización. Como ocurrió con todo el Derecho civil, la publicación de la Constitución española de 1978 afectó e influyó en el Derecho de cosas, y en los derechos reales. Probablemente, el cambio más importante que supuso fue la nueva concepción del derecho propiedad que introdujo la constitución. En efecto, se pone fin a la concepción liberal del derecho de propiedad como derecho absoluto, sin limitaciones ni vinculaciones, introduciendo en su contenido propio la denominada “función social de la propiedad”. La concepción de la persona como ser social, ciudadanos iguales para el Derecho y sometido en cierto modo a la mayoría, que vino de la mano de la Constitución y del Estado social de Derecho que se estableció en España, produjo un cambio importantísimo con respecto a la propiedad privada³ que, existiendo y reconociéndose de forma expresa por la Constitución en el art. 33⁴, incorporó esa función social en su contenido, delimitándolo. La propiedad aparece, hoy en España, como derecho de las partes (art. 33.1 CE), pero con aspecto social⁵.

Se trata de una propiedad de corte capitalista, en la que se reconoce la propiedad privada, la libertad de empresa y la opción democrática. No se incluye entre los derechos fundamentales y libertades públicas, sino entre los derechos y deberes de los ciudadanos, y se enmarca en un contexto social⁶. Pero, a la vez, puede verse limitada, o constreñida, en su ejercicio por el interés general quedando subordinada a este en los casos en que existiera conflicto entre ambos, tal y como establece el art. 128 CE⁷.

El Derecho de propiedad se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. La función social no es una limitación al ejercicio del derecho de propiedad privada, si no que constituye o delimita su contenido, es decir, forma parte de la nueva concepción del derecho de propiedad tras la CE. El Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 37/1987 de 26 de marzo, RTC/1987/37⁸ señala que la función social es un elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, también se refiere a ella como factor determinante de la delimitación legal del contenido del derecho: “la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”⁹.

Pues bien, como ya hemos dicho antes, la función social de la propiedad, introducida por la CE de 1978, no es algo nuevo realmente, puesto que desde las posturas que aquí se defienden, es parte integrante de este derecho desde sus inicios y forma parte de su esencia, pues corresponde al fundamento del derecho de propiedad en el principio del uso universal de los bienes¹⁰. De este modo, el ejercicio de la propiedad privada, que excluye en principio del uso y disfrute de esos bienes a quienes no son sus titulares o no tienen un derecho real sobre los mismos, queda sometido al bien común, de forma que “El individuo no puede obrar prescindiendo de los efectos del uso de los propios recursos, sino que debe actuar en modo que persiga, además de las ventajas personales y familiares, también el bien común”. Es decir, es de esencia del propio derecho de propiedad que su ejercicio y uso se haga de forma individual, pero buscando el bien común que no es sino el bien de todas y cada una de las personas, de forma que no sería lícito un ejercicio del derecho de la propiedad que perjudicara el bien de todos.

Así creo que debe entenderse la función social de la propiedad: cede el ejercicio individual, el bien particular, ante el destino universal de los bienes, consecuencia del bien común.

Descendiendo a la aplicación práctica, vemos todo esto en un concreto ejemplo: el de la ocupación de viviendas. Cuando se enfrenta el derecho de propiedad sobre un inmueble particular, con el pretendido derecho a una vivienda digna de otro particular, el resultado de este enfrentamiento se debe resolver no en aras de la función social de la propiedad, sino de la confrontación de dos derechos particulares, y así es como lo entendemos. Únicamente, entraría la función social de la propiedad —y por lo tanto el bien común— cuando la limitación de ese derecho de propiedad privada se justificara en el bien de todos y cada uno de los hombres; es decir que en la búsqueda del bien particular se orientara a ese bien común general, y no su propio bien.

Esta nueva concepción del derecho de propiedad y su contenido va a impregnar todo el Derecho de cosas y de los derechos reales, pues no puede olvidarse que el derecho de propiedad es el más importante de todos ellos. En este sentido, sí podemos decir que los derechos reales se han constitucionalizado, pues se han adaptado a las nuevas reglas, pero no por ello han desaparecido o han quedado como residuales, sino que se amoldan a las nuevas circunstancias y limitaciones que desde allí se imponen. El nuevo concepto y contenido del derecho de propiedad va a marcar el devenir del resto de los derechos reales.

c) Despatrimonialización del Derecho de cosas. Hablar de una despatrimonialización del Derecho de cosas puede parecer una *contradictio in terminis*. El Derecho de cosas, como ya hemos dicho, es Derecho civil patrimonial, por lo que si realmente se despatrimonializara, no existiría. Pero, es que, esta despatrimonialización, al igual que en todo el Derecho civil, supone, no la desaparición del contenido patrimonial, si no su subordinación a la dimensión más personal o íntima de la persona. El redescubrimiento de la persona en su configuración más íntima como sujeto de Derecho, en la defensa de sus derechos fundamentales, de la personalidad, implica una transformación del Derecho civil, que hace que su contenido patrimonial quede supeditado al no patrimonial, a los intereses de la persona. Se debe colocar la persona por delante del interés económico, y las

instituciones patrimoniales son, ahora, instrumentos para el desarrollo integral de aquella.

Esta “personalización” del Derecho civil también alcanza a los derechos reales, de forma que se adaptan, y dejan de considerar a la persona como mero sujeto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial. De tal modo que, a partir de ahora, por ejemplo, en determinadas circunstancias puede primar el derecho a la vivienda de personas vulnerables sobre la obligación de pago de un préstamo hipotecario, o de un arrendamiento, al igual que debe promoverse propiedades de protección oficial, o alquileres básicos vitales, o la designación de un determinado domicilio para el libre desarrollo de la personalidad de los menores, así como la nulidad de determinadas cláusulas contractuales de préstamo hipotecario por una falta de deber de información, o a veces incluso engaño, a la parte más débil del contrato. Es decir, el Derecho de cosas no se fija tanto en la propia relación directa e inmediata con la cosa y su título legitimador a través de la existencia de un derecho real, sino que se van a alterar ciertas reglas de este subordenamiento, en función de las circunstancias personales de los sujetos de derecho, y no de su relación previa con las cosas, porque se identifica el derecho con una facultad moral¹¹, no con la cosa en sí, con lo justo, que solo se puede exigir frente a quien me lo tiene que entregar. Se prefiere, entonces, a un arrendatario que no paga y ya no tiene título que justifique su posesión, frente a un propietario con un poder directo e inmediato sobre la cosa, basado en un mejor derecho a poseer, por las circunstancias de vulnerabilidad de ese arrendatario que tiene facultad para reclamar. Hasta ahora, eso no había ocurrido en el Derecho cosas, donde un mejor derecho a poseer basado en un título legitimador prevalecía sobre un mero tenedor. Probablemente, y en casos concretos, este cambio es bueno, y corresponde con la justicia que consiste en dar a cada uno lo suyo, y lo justo —el Derecho— en algunos casos sea dar prioridad a ese poseedor inferior frente al superior; es decir, se está actuando correctamente y con justicia; pero, el peligro es que estos supuestos concretos se generalicen por parte del legislador, dando mayor legitimidad a quién, según las normas del Derecho de cosas no debería tenerla.

Consideramos que esto no debe ser así, y solo se puede buscar la justicia en el caso concreto donde puede ocurrir que lo que se reclame sea precisamente lo que se le debe dar, lo justo; pero no se puede generalizar y legislar por intereses sectoriales que lleven a diferenciar distintos tipos de personas que no tenga en cuenta la responsabilidad individual de cada uno, ni la pretendida legitimación de derechos (subjetivos) con base en deseos socialmente respaldados. De igual forma, no puede entenderse a la persona como objeto fruto de la sociedad o del poder establecido, sin libertad y autonomía, que deba ser especial objeto de protección que justifique la intervención pública.

No olvidemos que la idea que aquí se defiende, desde el realismo jurídico, es que el Derecho es una cosa, lo suyo, lo justo. Por eso, por ejemplo, no creemos que exista un derecho a la vivienda como tal, genérico, porque solo podemos exigir una vivienda cuando nos sea debida y frente a quién la tenga que entregar en el caso concreto, no como mera facultad moral. Por eso, no puede siempre, bajo un pretendido “tengo derecho a...” (facultad moral), otorgar la cosa a quien realmente no le corresponde.

Todos estos ejemplos son consecuencias de la “personificación” del Derecho de cosas, de los derechos reales, que antes eran improbables. La vinculación entre el Derecho patrimonial y el no patrimonial es hoy más estrecha que nunca, aunque a veces se desdibuja o se acude para ello a una concepción del Derecho que no compartimos.

d) **Publicación.** No cabe duda de que, a partir de la constitucionalización de los derechos reales y en concreto del derecho de propiedad y su nueva función social, la “invasión” “injerencia” o, mejor dicho, el desvanecimiento de los límites entre el Derecho público y el privado en materia de Derecho de cosas es cada vez mayor. Para terminar de configurar el derecho de propiedad a través de su función social, el legislador interviene cada vez con más frecuencia, estableciendo límites y limitaciones al mismo, sobre todo en la propiedad urbana, con un sinfín de normativa urbanística¹². No cabe duda de que la propiedad urbana se ha publicado, pues no puede desconocerse toda la regulación administrativa a la que hay que atenerse cuando se pretende iniciar una construcción, siendo para ello insuficiente las normas del Código, a través del contrato de obra y la propiedad inmobiliaria. De igual forma, por ejemplo, se han establecido limitaciones a la propiedad para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, prevaleciendo dicho interés al del propietario o constructor¹³, que, a su vez, supuso la modificación de la propia Ley de Propiedad Horizontal reduciendo las mayorías necesarias para adoptar el acuerdo de eliminación de barreras arquitectónicas, o la instalación de ascensor. O un sinfín de limitaciones o servidumbres en aras del interés general, de carácter público, que van redibujando las posibilidades de actuación y facultades del propietario del inmueble.¹⁴

También se ha producido cierta publicación en materia de hipotecas otorgadas por entidades financieras y de crédito que se ven sometidas a una estrecha vigilancia y control por parte del regulador, que ha influido en los contratos personales entre aquellas y los particulares¹⁵.

Siendo esto una realidad, no quiere decir que los derechos reales hayan perdido su carácter netamente privado, en absoluto; siguen siendo poderes directos e inmediatos de los hombres sobre las cosas, pero es cierto que, en algunos aspectos, se han tenido que adaptar a las exigencias administrativas. A pesar de ello, lo que le corresponde al Derecho de cosas en esta etapa es localizar y defender los intereses privados existentes en esas relaciones jurídicas de carácter público.

e) **Globalización de los derechos reales.** Probablemente sean los derechos reales, la parte del Derecho civil de más difícil armonización europea; no existe prácticamente acervo comunitario en esta materia que se centra, en el derecho contractual. Sin duda, ello se deba, en primer lugar, a que la competencia legislativa en materia de derechos reales de la UE no está nada clara, sobre todo cuando el art. 345 del TFUE (Tratado Fundamental de la Unión Europea) parece un obstáculo para ello, al afirmar que “el presente tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”, estableciendo un límite negativo a la posible competencia legislativa de la Unión, pero este precepto debe interpretarse con cierta flexibilidad, admitiendo dicha competencia aunque, solo de forma indirecta, cuando ello suponga favorecer las libertades europeas —de mercancías, trabajadores, establecimientos, servicios y capitales— y,

en definitiva, el mercado único, y para determinados aspectos de la propiedad¹⁶. En segundo lugar, la propia materia que se trata de unificar no es proclive a ello, ya que los sistemas de transmisión de propiedad y los derechos reales limitados son muy diferentes en cada país, y están ligados y vinculados a sus fuentes históricas (romana o germánica) y a sus costumbres, difíciles de renunciar; por último, probablemente la armonización no sea tan necesaria como en el Derecho contractual, porque la transnacionalidad de las relaciones jurídico-reales es mucho más improbable al consistir en el poder concreto de una persona sobre una cosa, sin intervención de otro sujeto de distinta nacionalidad; aunque sí podría resultar útil la posibilidad de, por ejemplo, una garantía común para obtener financiación en la compra de un inmueble situado en otro país distinto del de la nacionalidad del propietario, facilitando con ella la libre circulación de capitales. A ello contribuye la aplicabilidad general de la *lex rei sitae*, es decir, de la ley del lugar donde se encuentra el bien, que soluciona los problemas de conflicto de ley aplicable, sin que haga tan necesaria la búsqueda de criterios comunes y su armonización.

A pesar de ello, se han producido intentos de unificación de la legislación y cierta armonización en materia de derechos reales, si bien en temas muy concretos y puntuales, destacando la mayor regulación en el tema de la propiedad intelectual¹⁷.

Los mayores avances se han producido en tema de hipoteca, e incluso se publicó en 2007, el Libro Blanco del mercado hipotecario, con el objetivo de sentar las bases para alcanzar un mercado hipotecario común. Este Libro Blanco tiene su origen en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario de 2005, que sometía a audiencia pública la posible introducción de una hipoteca común para Europa (la eurohipoteca) para conseguir un mercado hipotecario común.

Por último, hay que destacar que la jurisprudencia europea, a través de las sentencias el TJUE, sí que ha influido de forma notable en el devenir del derecho real de hipoteca cuya regulación ha tenido que adaptarse a la legislación europea de protección de consumidores¹⁸, alterando su procedimiento de ejecución y, en definitiva, su eficacia como garantía del crédito territorial. En este sentido, cada vez más, se está produciendo la europeización de los derechos reales.

En suma, los derechos reales en el Derecho de la Unión siguen fragmentados, dispersos y su armonización es todavía lejana, a pesar de los esfuerzos tanto legislativos como doctrinales que se están llevando a cabo. Por lo tanto, un estudio actual de los derechos reales debe tener presente esta tendencia, por remota que sea, e incorporar las nuevas directrices que lleguen desde Europa, pero sin olvidar que la centralidad de esta materia sigue siendo nacional.

III. RETOS Y FUTURO DEL DERECHO DE COSAS

Hasta aquí, los caracteres actuales que, a mi juicio, tiene el Derecho de cosas en la actualidad. ¿Qué retos debe afrontar el Derecho de cosas en el futuro más próximo?

1. LA GLOBALIZACIÓN EN LOS DERECHOS REALES

Acabamos de decir que la armonización europea en materia de derechos reales es más lenta que en el derecho de la contratación, y los avances son menores, centrándose los pocos que existen en el tema de garantías, tanto mobiliarias, como inmobiliarias, con especial referencia al derecho de hipoteca.

Probablemente, sea en torno a la efectividad de la hipoteca sobre una vivienda familiar donde se ha producido una mayor incorporación del Derecho de la Unión al Derecho civil. De cara al futuro, creo que esta armonización sobre las garantías reales irá avanzando poco a poco, pues es interesante y útil conseguir una garantía transfronteriza común para operaciones inmobiliarias en los distintos países de la Unión. Esta es una de las tendencias de futuro que ya quedó apuntada.

A nivel internacional, probablemente, los mayores avances en tema de globalización se van a producir en torno a la vivienda, *housing*. Es una preocupación constante solucionar los problemas de acceso a la vivienda para la población y, como comentaremos a continuación, se trata de uno de los sectores donde más intervención pública se está produciendo, por el fin social que persiguen. Este intervencionismo público en materia de vivienda va a tener sus consecuencias relevantes para el derecho de propiedad y el resto de los derechos reales inmobiliarios.

Tras la crisis de 2008, se ha puesto de relieve la importancia que tiene la vivienda tanto a nivel personal, familiar, y por tanto social, como desde luego económico. Se trata de un bien que es tanto un activo financiero, con un valor de mercado elevado, como un derecho de las personas garantizado por la propia CE¹⁹, y en tratados internacionales. El acceso a la vivienda, sus formas de financiación, sus distintas modalidades de uso (propiedad, arrendamiento, cesión...) es una preocupación y fuente de investigación y avance científico para el Derecho, desde una perspectiva transversal y multidisciplinar, ya que debe abordarse tanto desde la economía, fiscalidad, derecho público, políticas públicas y sociales, como por parte del Derecho privado, y en concreto de los derechos reales. Se trata de un área de trabajo multidisciplinar, internacional y con un fondo social importantísimo. La vivienda es un fenómeno complejo que merece un estudio interdisciplinar y de sistemas comparados, cuyo avance queda corroborado por el aumento de organizaciones internacionales, fundaciones, o instituciones que se dedican al estudio comparado y multidisciplinar de aquella.

Entre otras destacamos, por ejemplo, la Cátedra Unesco de Vivienda²⁰, de la Universidad Rovira i Virgili, que lleva activa desde 2013, que es un foco de avance clarísimo en tema de acceso a la vivienda, su gestión, organización y su consideración como activo financiero. Esta cátedra está auspiciada por la Unesco. También nos encontramos con otras organizaciones y redes internacionales de investigación específicas, como la *European Network for Housing Research* (ENHR)²¹. ENHR se creó en 1998 para proporcionar una plataforma de encuentro para instituciones y profesores para la investigación sobre la vivienda. Promueve la investigación en temas de vivienda a través de la organización de congresos internacionales, publicaciones, foros etc. En el mismo sentido, podemos destacar *Housing Europe* o FEANTSA, centrada en los problemas derivados de los sin hogar, y el creciente número de publicaciones especializadas en temas inmobilia-

rios y vivienda, como *Housing Studies*, *Journal of Law in the Built Environment* y la *European Journal of Housing Policy*.

Además, existen otras organizaciones como la IRES (*International Real Estate Society*)²² que se trata de la federación internacional que engloba las sociedades regionales sobre *real estate*, la europea (ERES), americana (ARES), latinoamericana (LARES), asiática (ASRES), y africana (AFRES). Estas sociedades no solo tratan la investigación en temas inmobiliarios, sino que tienen un plan más ambicioso en cuanto que buscan la educación en el sector inmobiliario y su desarrollo en los distintos países. Entre sus fines destacan: Fomentar la comunicación, la cooperación y la coordinación en materia de investigación y educación inmobiliaria a nivel mundial; alentar y ayudar en el establecimiento de programas de educación e investigación sobre bienes raíces en todo el mundo y fomentar la investigación sobre temas inmobiliarios internacionales.

La preocupación, investigación y docencia en el sector inmobiliario y más en concreto en temas de acceso a la vivienda, están adquiriendo unas dimensiones globales e internacionales que antes eran impensables, y este es uno de los caminos de la globalización de la globalización de los derechos reales.

2. LA LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DERECHOS REALES

La autonomía de voluntad ha tenido un incremento en el Derecho civil no patrimonial, en temas de familia y persona, pero, sin embargo, cada vez se encuentra más limitado en el Derecho civil patrimonial y también estamos comprobando esa tendencia en los derechos reales.

Esto se comprueba en temas jurídico-reales que tienen un trasfondo social, en los que hay un interés más necesitado de protección al que hay que dar prevalencia sobre los intereses particulares pactados, como son —y en relación con el punto anterior— lo relativo a la vivienda familiar, la garantía real de hipoteca para su financiación y a las limitaciones que se establecen en el derecho de propiedad por esas mismas razones.

a) Vivienda familiar

El especial régimen jurídico de la vivienda familiar, en el ordenamiento español, se explica por la necesidad de protección de la familia, que resulta del todo oportuna desde el marco constitucional y desde la realidad social y económica presente en nuestro país. Es decir, nuestra Constitución Española (CE) recoge el compromiso de los poderes públicos en materia de protección social, económica y jurídica de la familia y el derecho al disfrute de una vivienda digna por parte de los ciudadanos²³. Se entiende que es el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas. Se convierte así, en el marco indispensable para el correcto desenvolvimiento de la familia, que necesita de un lugar físico donde vivir y satisfacer sus necesidades primarias de alimentación y relación, como ser corpóreo que es la persona; y de ahí que su

disposición y otras facultades propiamente dominicales se vean limitadas por la función social de la propiedad (art. 33CE) y el propio desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Por eso, cada vez son mayores las intervenciones públicas con relación al inmueble que sirve de vivienda. Estas limitaciones se establecen tanto en el Código civil, como leyes especiales (LAU), o también y más recientemente, en la propia LEC, al limitar la ejecución de la vivienda familiar o habitual cuando sea objeto de hipoteca²⁴. De igual forma, el uso a la vivienda familiar, que puede disgregarse de la titularidad dominical tras una crisis matrimonial, alcanza la categoría de un derecho familiar que resulta oponible y protegido en aras de protección de los menores que vivan en el domicilio familiar, a veces incluso sin estar inscrito en el registro alterando la regla tradicional de la oponibilidad de los derechos reales. Esta vivienda familiar, creo, que va a ser cada vez más protegida, tal y como indican por ejemplo, las medidas adoptadas con el estado de alarma derivado del Covid 19, permitiendo la suspensión de los lanzamientos derivados de una ejecución hipotecaria cuando se trate de personas vulnerables, —que ya se prolonga por 11 años—, la suspensión del pago del préstamo hipotecario que recaer sobre ellas, y la suspensión o moratoria en los pagos de la renta cuando sea una vivienda en alquiler²⁵ y la recentísima Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda²⁶, que está ordenada a la defensa de aquella. Todo esto supone una mayor injerencia del legislador en las relaciones *inter privados*, que limitan la facultad de disposición, la facultad de uso y la de disfrute pues impide al propietario ejercitar libremente las mismas. Considero que esta tendencia de regulación de la autonomía de la voluntad en el tema de la propiedad y la vivienda habitual va a mantenerse y aumentarse, para conseguir el acceso a la vivienda de todos y garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna. Es un cambio inmediato y que va a continuar como consecuencia del estado social que habrá que analizar y ver si es adecuado a derecho, justo, las medidas que encorsetan la autonomía de la voluntad en un ámbito patrimonial, en favor de un “derecho a la vivienda” probablemente mal entendido.

Además, la vivienda familiar es el punto de unión entre la vertiente más patrimonialista del Derecho civil, pues se tratar del bien de mayor valor económico del patrimonio de una familiar, con la vertiente social-familiar de esta rama del Derecho: el derecho de familia. En efecto, a través de este especial inmueble se relacionan dos vertientes o dimensiones de la persona: su patrimonio, su relación con los bienes y las cosas, y su dimensión social en el ámbito de la familia, pues es en ella donde se justifica la propiedad de los bienes para su subsistencia y necesidades. El estudio de la vivienda familiar, para conseguir su accesibilidad a todas las personas, y que así tengan un lugar donde desenvolverse, es uno de los grandes retos del derecho de cosas, y tendencia de futuro importante.

Y en otro ámbito de cosas, pero relacionado con esto último, no podemos olvidarnos de la pluralidad de limitaciones a las que está sometida la propiedad inmobiliaria, la facultad de construcción (*ius aedificandi*), de enajenación (*ius disponendi*) y de uso y disfrute (*ius uti et fruendi*), por parte de servidumbres administrativas, y limitaciones de carácter público en aras del bien común o el interés general. Baste, por ejemplo, el RD Ley 11/2020, de 31 marzo que conduce a la publicación de la Orden ministerial 336/2020 de 9 abril, en la que se posibilita a las administraciones públicas la ocupación o adquisición de inmuebles privados

para satisfacer las necesidades de vivienda de las personas vulnerables, o víctimas de la violencia de género²⁷.

Estas limitaciones dominicales se han ido ampliando y aumentando, reduciendo el derecho de propiedad a su núcleo esencial (como derecho general y abstracto), lo que supone una transformación clara del derecho de propiedad en los últimos años, y que considero que va a continuar, como consecuencia de la función social de la propiedad, como ya pusimos de relieve.

b) Hipoteca

El derecho real de hipoteca, por ser una de las garantías más importantes que favorecen el crédito territorial, es el principal objeto de armonización europea en materia de derechos reales, como ya dijimos y, además, una de las instituciones que más modificaciones ha sufrido como consecuencia de su adaptación a la legislación europea y la protección a los consumidores. Todo ello ha significado, en definitiva, una limitación en la contratación de hipotecas, pues ya no pueden incluirse en ella determinadas cláusulas, y ha tenido que modificarse su procedimiento de ejecución, lo que a la postre ha significado una pérdida de eficacia de este derecho real, una merma de la autonomía de la voluntad entre el acreedor y el deudor hipotecario, que va a seguir creciendo, cuando este último sea un consumidor o persona física considero que la publicación de la hipoteca es una tendencia de futuro como tendencia de futuro, pues creo que aumentará la protección del consumidor y, en consecuencia, la limitación en la libertad de contratación hipotecaria y su eficacia en el futuro.

3. DERECHOS REALES Y SOCIEDAD DIGITAL

Al igual que en el Derecho civil en general, el Derecho de cosas y los derechos reales están sufriendo una transformación y una adaptación a los dictados de la nueva sociedad digital. El derecho de propiedad, el derecho de uso, la posesión, las nuevas formas de uso, de transmisión de la propiedad y las nuevas formas de publicidad y acreditación de los derechos reales que vienen gracias a las nuevas tecnologías son algunos de los aspectos y retos a los que el Derecho civil va a tener que hacer frente en los próximos años.

Destacamos como nuevos retos digitales que merecen una atención especial por parte del estudioso de los Derechos reales, la necesidad de dar respuesta a la cuestión de si es posible que se lleve a cabo la transmisión de la propiedad inmobiliaria a través de plataformas intermediarias hoy en día²⁸.

Creemos que sí se pueden vender inmuebles a través de plataformas en línea, y estas desde luego servir, al igual que en el arrendamiento, para agilizar este contrato, y para conseguir de manera más rápida y eficaz casar la oferta con la demanda adecuada, entre compradores y vendedores, a modo de la plataforma electrónica que ya existe para facilitar las transacciones inmobiliarias transnacionales, del Colegio de Registradores de España. La Asociación Europea de Registradores de la Propiedad (ELRA), de la que forma parte el Colegio de Registradores de Espa-

ña, ha puesto en marcha la primera plataforma electrónica transfronteriza para facilitar las transmisiones inmobiliarias de forma telemática. Todos los trámites realizados a través de esta irán firmados con un certificado reconocido de firma electrónica, que identifica a los actores de la operación y su función en la misma. Esta plataforma se denomina NETPRO, y a través de ella se puede realizar todo el intercambio de documentación necesaria para la compraventa (información registral, situación jurídica y fiscal de la vivienda, etc.) así como los trámites posteriores (encargo de pago de impuestos, cambios de domiciliación de agua, gas, etc.), prestando además el servicio de archivo seguro y mensajería garantizado con el certificado de firma reconocido tanto del notario extranjero como del gestor contratado en el país donde se quiera comprar el inmueble. Pues bien, ¿puede aplicarse este modelo con las variantes necesarias a las compraventas también nacionales? ²⁹ Hay que estudiar las dificultades que nuestro peculiar sistema de título y modo supondría para ello, pues la transmisión a través de una *traditio* electrónica es una cuestión complicada.

No obstante, sí es posible la transmisión digital de la propiedad a través de plataformas; la digitalización en la transmisión de la propiedad es hoy una realidad, ya que puede hacerse a través de la transmisión de los *token* inmobiliarios, mediante la tecnología de *blockchain*. En efecto, la *tokenización* de activos inmobiliarios, como mecanismo tecnológico que implica la representación de un derecho real —o participaciones indivisas del mismo— sobre un determinado bien inmueble, a través de un valor digital denominado *token*, en una cadena de bloques o *blockchain*, es perfectamente posible. El desarrollo de esta técnica, el papel del registro de la propiedad en este nuevo sistema de transmisión, sus ventajas e inconvenientes, son cuestiones a las que el Derecho inmobiliario y los derechos reales tendrá que hacer frente tarde o temprano.

IV. CONCLUSIONES

I. El futuro de los derechos reales pasa por su adaptación al nuevo medio en el que tienen que desenvolverse y eso supone, con carácter general, dos cosas:

II. Su adecuación —o subordinación— a intereses superiores dignos de protección (sean menores, personas vulnerables, acceso a la vivienda, interés general) —consecuencia de la “personificación” del Derecho civil ya iniciada y apuntada, que sigue en línea ascendente—.

III. Su modernización, adaptándose a las nuevas exigencias de la sociedad digital, en cuanto a la utilización de nuevas tecnologías, pero, asimismo, su incardinación en una sociedad más colaborativa, donde la propiedad exclusiva y absoluta es preterida en aras de un uso o posesión compartida, más razonable y sostenible.

IV. Todo ello, probablemente con un aumento de la intervención estatal en las relaciones privadas de los particulares que no pueden llegar a consolidarse de forma que impliquen la transformación de una rama propia del Derecho privado en una más cercana al Derecho público. Hay que mantener y defender la esencia y los principios básicos del Derecho de cosas como Derecho civil patrimonial con todo lo que ello supone.

V. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC 8 de abril de 1981
- STC 26 marzo 1987
- STC 18 noviembre 2004
- STC 9 julio 2015

Tribunal Supremo

- STS 9 mayo 2013
- STS22 abril 2015
- STS 23 diciembre 2015
- STS 18 febrero 2016
- STS 3 junio 2016
- STS 15 febrero 2017
- STS 14 diciembre 2017
- STS 16 octubre 2018
- STS 28 noviembre 2018
- STS 11 septiembre 2019
- STS 15 febrero 2023

Tribunal Justicia Unión Europea

- STJUE21 diciembre 2016
- STJUE 26 enero 2017
- STJUE7 agosto 2018
- STJUE 26 marzo 2019
- STJUE 3 marzo 2020
- STJUE 11 marzo 2020
- STJU 16 julio 2020
- STJUE 16 marzo 2023

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M. Y CHICO ORTIZ, J.M., (1990). “Comentario al art. 608 CC” en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-608-251683?_ga=2.157021939.973958722.1590160908-271930914.1589389796.
- ARRUÑADA, B. (2018). Limitaciones de “blockchain” en contratos y propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 94, N.º 769, pp. 2465-2493.
- CALVO SAN JOSÉ, M. J. (2000). *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*, 1.ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- CHICO ORTIZ, J. M. (1973). El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística. *RDU* n.º 33, pp. 97-126.

- COCA PAYERAS, M., (1998). *Tanteo y Retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones de Real Colegio de España, Bolonia.
- CONCILIO VATICANO II. (1966). Const. past. *Gaudium et spes*, 69: AAS 58 1090-1092.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1993). *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L. (1971). Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística. *RDU*, n.º 23, pp. 13-34.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2017). Blockchain: ¿el notario del futuro? *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 57, pp. 323-353.
- GROSSI, P. (1992). *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid.
- MONTES PENADÉS, V. L. (1980). *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid.
- MONTES VICENTE, L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo, (un estudio evolutivo del Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid.
- MUÑIZ ESPADA, E. Y NASARRE AZNAR, S. (2004). Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión. *RCDI*, n.º 685, septiembre-octubre.
- MUÑIZ ESPADA, E., (2004). *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2008). *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Madrid.
- NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O. (2002). Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central. *RCDI*, n.º 671, mayo-junio, pp. 930 y ss.
- NASARRE AZNAR, S. (2008). “Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca”, en MUÑIZ ESPADA, E., SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E., y NASARRE AZNAR, S., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Madrid.
- NASARRE AZNAR, S. (2005). The Eurohypothech: a Common Mortgage for Europe. *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February.
- PAÑOS PÉREZ, A. (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la Blockchain. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 776, pp. 2905-2944.
- REY MARTINEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. (2019). Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, pp. 2277-2318.
- SIMÓN MORENO, H. (2010). *La armonización de los derechos reales en Europa*, tesis doctoral, pp. 153-166. Disponible en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/8761/tesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- VILALTA NICUESA, A.E. (2019). *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, Madrid.

NOTAS

¹ Por ejemplo: 612 y 613, 499, 485, 465, 366-374 CC, etc.

² AMORÓS GUARDIOLA, M. Y CHICO ORTIZ, J.M. (1990). "Comentario al art. 608 CC" en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-608-251683?_ga=2.157021939.973958722.1590160908-271930914.1589389796.

³ Conviene señalar que el cambio de una propiedad sin vinculaciones y absoluta, a una propiedad social, no se produjo de golpe, sino que fue paulatino, y ya varias leyes anteriores a la Constitución se encargaron de perfilar la función o aspecto social del derecho de propiedad privado, que ya no era igual que el derecho decimonónico y liberal que se incorporó en el Código.

De este modo, en 1954 se aprueba la Ley de Expropiación forzosa por causa de interés social y en particular por incumplimiento de la función social de la propiedad. A su vez, las Leyes del Suelo establecen un interés entre el suelo urbano y el interés público, y se limitan, por ejemplo, facultades que en el siglo XIX eran esenciales al dominio como, por ejemplo, edificar. La Ley de Minas sólo deja a la propiedad privada el disfrute de los yacimientos de escaso valor económico. Y, por último, la legislación agraria limita las facultades del dueño de fundos rústicos.

⁴ Art. 33 CE:

"1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2.La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3.Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes."

⁵ Sobre el nuevo concepto y caracteres del Derecho de propiedad, tras la Constitución española, y su la nueva delimitación de contenido, véase, entre muchos otros pues la literatura es muy amplia, los siguientes: CALVO SAN JOSÉ, M. J. (2000). *La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística*, 1.ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca; CHICO ORTIZ, J. M. (1973). El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística. RDU n.º 33, 1973, pp. 97-126; COCA PAYERAS, M. (1988). *Tanteo y Retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones de Real Colegio de España, Bolonia; DE LOS MOZOS, J. L. (1993). *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid; DÍEZ PICAZO, L., (1971). Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística. RDU, núm. 23, 1971, pp. 13-34; GROSSI, P. (1992). *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid; MONTES PENADÉS, V. L. (1980). *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid; MONTES VICENTE, L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo, (un estudio evolutivo del Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid; REY MARTINEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la constitución española*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

⁶ Por ejemplo, el art. 40 CE dispone que "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica", el art. 45.2 CE señala que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva", y el art. 47 CE establece que "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".

⁷ Art. 128.1 CE:

"Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general".

⁸ La STC 8 de abril de 1981, por la que se identifica el contenido esencial con la parte del contenido del derecho subjetivo sin la cual éste se desnaturaliza o bien con aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Estos dos caminos no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, por contrastar los resultados a los que por una u otra vía puede llegarse.

⁹ En el mismo sentido, las SSTC 18 noviembre 2004 y 9 julio 2015.

¹⁰ “*La tradición cristiana nunca ha aceptado el derecho a la propiedad privada como absoluto e intocable: « Al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la creación entera: el derecho a la propiedad privada como subordinada al derecho al uso común, al destino universal de los bienes ».* 372 El principio del destino universal de los bienes afirma, tanto el pleno y perenne señorío de Dios sobre toda realidad, como la exigencia de que los bienes de la creación permanezcan finalizados y destinados al desarrollo de todo el hombre y de la humanidad entera.”. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, ob. cit., párrafo 177, que recoge Juan Pablo II, Carta enc. *Laborem exercens*, 14: AAS 73 (1981) 613 y Cf. Concilio Vaticano II, Const. past. *Gaudium et spes*, 69: AAS 58 (1966) 1090-1092.

¹¹ Esta identificación del Derecho con una cualidad o facultad moral a exigir, apartándose de la visión realista, que identifica el Derecho con una cosa debida, es propia de la teoría del derecho subjetivo desarrollada principalmente por Guillermo de Ockham.

¹² Por todas, Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, que pone de manifiesto la estrecha relación entre los actos urbanísticos y el derecho de cosas, al ser necesaria su inscripción en el Registro para su oponibilidad o publicidad formal.

Además, la regulación en esta materia es extensísima, ya que la competencia de urbanismo está transferida a las CCAA y son muchísimas las normas autonómicas y municipales existentes.

¹³ Por ejemplo, se inició con la Ley 15/1995, de 30 de mayo sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, y las posteriores Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, sobre condiciones básicas de accesibilidad de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; Real Decreto 233/2013, de 5 de abril que regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbana 2013-2016; Ley 8/2013, de 26 de junio, sobre la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRR).

¹⁴ Véase todas las servidumbres administrativas, algunas contenidas en el propio Código civil, y muchas otras en leyes administrativas especiales que limitan en derecho de propiedad; baste por ejemplo y como enumeración ejemplificativa: la Ley 22/1988, de Costas de 28 de julio, modificada por la ley 2/2013 de 29 de mayo de Protección y Uso Sostenible del Litoral; La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; La Ley de 12 de marzo de 1975, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y su Reglamento de 10 de febrero de 1978; La Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil; Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba la Ley del Suelo; Real Decreto 297/2013 de 26 de abril, regula las Servidumbres Aeronáuticas, etc.

¹⁵ Baste por toda la normativa MIFID (Market in Financial Instruments Directive) que se corresponde con la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros que ha derogado la Directiva 2004/39/CE sobre instrumentos financieros, cuya trasposición en España se ha realizado a través de la Ley 24/1998 de Mercado de valores reformada por la Ley 47/2007; además, el RD 217/2008 de 15 febrero, de régimen jurídico de empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus arts. 11 y 12, Circular Banco de España 5/2012 de 27 junio que desarrolla esta Orden, en sus capítulos II y III. Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre y Real decreto Ley de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores.

¹⁶ SIMÓN MORENO, H. (2013). *La armonización de los derechos reales en Europa, tesis doctoral*, pp. 153-166. Disponible en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/8761/tesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Publicada en el libro: *El proceso de armonización de los derechos reales europeos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

¹⁷ Las iniciativas legislativas europeas en materia de derechos reales más importantes —sin que sean relevantes— han sido:

— Directiva 93/7, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro.

— Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que establece la posibilidad de reserva de dominio de los bienes como garantía del vendedor.

— Directiva 2002/47, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Recoge dos modalidades de garantía: a) la transmisión de la propiedad en garantía (denominados por la Directiva acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad) y b) la prenda

— Directiva 2008/122, de 14 enero de 2009, de protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

— El Libro Verde de sucesiones y testamentos. En el que se recoge la discusión sobre la transmisión mortis causa del derecho de propiedad.

— Directiva 2004/48, de 29 de abril, regula el respeto a los derechos de propiedad intelectual.

¹⁸ Son muchísimas las sentencias del TJUE y del TS sobre esta materia en los últimos años, por lo que sería casi imposible la cita de todas de las sentencias dictadas al respecto, pero sí conviene destacar la STS 9 mayo 2013 (cláusulas suelo) y la STJUE C415/11, de 14 marzo 2013 (caso Aziz) que fueron las que iniciaron esta nueva senda modificadora del Derecho civil.

Y además, y entre otras muchas, podemos citar las siguientes resoluciones relevantes: SSTS22 abril 2015, 23 diciembre 2015 y 3 junio 2016 y 18 febrero 2016, 28 noviembre 2018, 15 febrero 2023 y STJUE7 agosto 2018, analizan la cláusula de intereses moratorios; STJUE de 26 de enero de 2017 y 26 de marzo de 2019, y la STS 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado; STS 15 febrero 2017 y STJUE21 diciembre 2016 sobre cláusulas suelo; STS 14 diciembre 2017 y STJUE 3 marzo 2020 sobre el índice IRPH; STJUE 11 marzo 2020 sobre cláusula multdivisa; STS 16 octubre 2018 sobre pago de IAJD, STJUE 16 julio 2020 sobre gastos de formalización de la hipoteca; STJUE 16 marzo 2023 sobre la comisión de apertura crédito hipotecario.

¹⁹ Art. 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. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

²⁰ Véase en <http://housing.urv.cat/es/portada/presentacion/catedra/>

²¹ Véase en <https://www.enhr.net/enhrconferences.php>.

²² Véase <http://www.iresnet.net/>

²³ Artículos 39 y 47 de la Constitución Española (CE).

²⁴ Véase por ejemplo, la limitación del 1320 CC para llevar a cabo los actos de disposición sobre la misma, constante matrimonio, y sea cual sea la titularidad en virtud de la cual se ocupa el inmueble y con independencia de a quién pertenezca; El derecho de adquisición preferente que tiene el cónyuge superviviente sobre la vivienda habitual —familiar—, al morir el otro cónyuge, o bien el derecho a que se constituya un derecho de uso o habitación a su favor sobre ese bien (1406 y 1407 CC); no podrá disponerse de la vivienda sobre la que se establezca el derecho de uso, en caso de divorcio, por su titular (aunque sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges), sin el consentimiento del otro a cuyo favor se hubiera atribuido el derecho de uso (art. 96.4 CC); el art. 15 LAU establece la posibilidad de que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar arrendada, tras la nulidad, separación o divorcio, pueda decidir continuar en el uso de la misma, a pesar de no ser él el titular del mismo; El art. 593 LEC, permite la inembargabilidad de la vivienda habitual; el art. 21 LH, reformado por la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario añadiendo un nuevo párrafo tercero, en el que se establece la obligatoriedad de que en las escrituras de préstamo hipotecario se indique si la vivienda sobre la que recae la hipoteca es la habitual o no, para hacer este dato oponible a terceros ya que en su ejecución, se han establecido límites en la misma, posibilidades de negociación y liberación de la vivienda, adjudicación al acreedor por un 70% del valor de la deuda si queda desierta la subasta, suspensión de la ejecución si se está dentro del umbral de exclusión, etc.

²⁵ En este sentido: RD Ley 6/2020 de 10 de marzo, que modifica la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario, establece una nueva prórroga en la suspensión de los lanzamientos consecuencia de las ejecuciones hipotecarias de las viviendas habituales para las personas que ya la Ley 1/2013 consideraba en el umbral de exclusión; el RD Ley 8/2020, de 17 de marzo establece la moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios de las viviendas habituales; el RDL 11/2020, de 31 de marzo recoge la suspensión extraordinaria del lanzamiento en los procedimientos desahucio por impago de renta de las viviendas habituales de las personas en situación de vulnerabilidad por causa del Covid 19, y que demuestren la imposibilidad de acceso a otra vivienda, así como la prórroga obligatoria de los contratos arrendamiento vivienda habitual, regidos por la LAU, y por último establece moratorias arrendaticias que suponen la suspensión del pago de la renta.

²⁶ Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-12203> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-12203>

²⁷ La Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, por la que se incorpora, sustituye y modifican sendos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 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, recoge en su art. 4 lo siguiente:

Artículo 4. 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.

Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria una vivienda de titularidad pública, o que haya sido cedida para su uso a una administración pública, aunque mantenga la titularidad privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios y localización, para ser ocupada en régimen de alquiler, de cesión de uso, o en cualquier régimen de ocupación temporal admitido en derecho. Cuando no se disponga de este tipo de vivienda, la ayuda podrá aplicarse sobre

una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias, en los mismos regímenes.

²⁸ ARRUÑADA, B. (2018). Limitaciones de "blockchain" en contratos y propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 94, n.º 769, pp. 2465-2493; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2017). Blockchain: ¿el notario del futuro? *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 57, pp. 323-353; VILALTA NICUESA, A.E. (2019). *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, Madrid; SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. (2019). Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, pp. 2277-2318; PAÑOS PÉREZ, A. (2019). El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la Blockchain. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 776, pp. 2905-2944.

²⁹ NETPRO es una herramienta es el resultado del proyecto CROBECO (Cross Border e-Conveyancing), financiado por la Unión Europea. Distribuido en dos fases, CROBECO I definió los fundamentos jurídicos para la aplicación de los Reglamentos europeos Roma I y Roma II, que permiten aplicar la legislación del país del comprador en la compraventa de una vivienda respetando la normativa hipotecaria y registral del país en el que se encuentre el inmueble.

1.4. Sucesiones

El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible. Sobre el usufructo vidual universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados

The usufruct of money as usufruct of consumable goods. On the universal surviving spouse usufruct and its eventual unwanted effects

por

MARÍA MEDINA ALCOZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: El presente estudio aborda el análisis del usufructo que recae sobre dinero, considerado por la mayor parte de doctrina y jurisprudencia menor como una modalidad de usufructo de cosa consumible, lo que conlleva que el usufructuario puede disponer libremente de él. Esta configuración jurídica ofrece algunos problemas, particularmente cuando se trata de un usufructo vidual universal, al conceder la facultad al viudo de disponer libremente de todo el dinero usufructuado, con relevación de fianza, produciéndose la paradoja de que los legitimarios del primer causante fallecido, titulares del crédito a la restitución, son, a la muerte del segundo causante, los obligados al pago, extinguiéndose la deuda por confusión y, en consecuencia, siendo privados de su legítima. El estudio ofrece diversas soluciones *de lege data*, siendo, quizá, la más razonable, la de su configuración como un usufructo ordinario.

ABSTRACT: *The present study deals with the analysis of the usufruct that falls on money, considered by most of the doctrine and minor jurisprudence as a modality of usufruct of consumable goods, which implies that the usufructuary can freely dispose of it. This legal configuration offers some problems, particularly when it comes to a universal usufruct, by granting the widower the power to freely dispose of all the money, with release of guarantee, producing the paradox that the legitimate heirs of the first deceased, holders of the credit to the restitution, they are, at the death of the second deceased, the ones obliged to pay, extinguishing the debt due to confusion and, consequently, being deprived of their legitime. The essay offers various de lege*

data solutions, being, the most reasonable, perhaps, its configuration as an ordinary usufruct.

PALABRAS CLAVE: cuasiusufructo, usufructo de cosas consumibles, usufructo de dinero, usufructo vidual universal, cautela Socini, legítima de los descendientes.

KEYWORDS: *quasi-usufruct, usufruct of consumable goods, usufruct of money, surviving universal spouse usufruct, Socino's caution, legitime of descendants.*

SUMARIO: I. USUFRUCTO DE DINERO: ¿USUFRUCTO DE COSA CONSUMIBLE?.-II. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. PARTICULARIDADES. A. *Sobre si pierde o no la propiedad del dinero el nudo propietario y la facultad de disposición del usufructuario: postura de la jurisprudencia menor.* B. *Sobre la prestación o no de fianza y la eventual aplicación del artículo 507 CC.* C. *Sobre la obligación de prestar fianza y la aplicación del artículo 494 CC.*D. *Sobre la dispensa de la obligación de prestar fianza en el usufructo vidual de dinero y la aplicación del artículo 494 CC.* E. *Sobre la restitución del capital y el principio nominalista.*2. CONVENIENCIA DE SU REGULACIÓN.—III. EL USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL DE DINERO Y LA EVENTUAL PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES.1. LOS PRESUPUESTOS: CAUTELA SOCINI, DISPENSA DE FIANZA Y CAUDAL RELICTO CONSISTENTE EN DINERO.2. LOS EFECTOS INDESEADOS: LA PÉRDIDA DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES.3. LA VIRTUAL EVITACIÓN DE LOS EFECTOS INDESEADOS.4. SOBRE LA VALIDEZ DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR FIANZA Y EL PERJUICIO DE TERCERO.5. EL VIUDO ARAGONÉS USUFRUCTUARIO DE DINERO: LA STSJ DE ARAGÓN DE 3 DE JULIO DE 2013.6. POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A LOS EFECTOS INDESEADOS.—IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS.-V. BIBLIOGRAFÍA

I. USUFRUCTO DE DINERO: ¿USUFRUCTO DE COSA CONSUMIBLE?

Poco se ha escrito en el ámbito del Derecho común sobre el usufructo de dinero (usufructo de pecunia). Recientemente se ha publicado una monografía¹, pero los estudios existentes hasta el momento no le han prestado particular atención², mencionándolo sólo al hilo de los trabajos dedicados al usufructo de cosas consumibles³. Tampoco es abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴, frente a las ya numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales⁵. La doctrina cita su reconocimiento en un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964⁶, sobre las consecuencias fiscales de un *legado de usufructo de dinero*, cuyo importe se invirtió en la adquisición por compra de una participación indivisa de un bien inmueble, que sostuvo: “[...] *que en el usufructo de cosa consumible se otorga al usufructuario para que pueda obtener de ella toda la utilidad de que fuera susceptible una titularidad de disposición, en definitiva la propiedad misma, convirtiendo al nudo propietario en un acreedor*”⁷.

En Roma, la apertura del usufructo sobre bienes consumibles conllevó también la del usufructo sobre una suma de dinero (*pecunia numerata*⁸), manteniendo la *cautio ex Senatus consulto* para garantizarlo. Probablemente, el legado de usufructo de cantidad (integrado por cosas consumibles y, entre ellas, dinero) fuera el detonante de su admisión. Tradicionalmente, el legado de usufructo de pecunia

había quedado sujeto a la proscripción del *usus, non abusus*, no pudiendo gastarlo el legatario, pero cuando se admite el usufructo sobre todo tipo de bienes (incluidas las cosas consumibles), se permite también el de dinero (*nummi*, monedas), con su uso y su abuso (disposición), estableciendo, eso sí, como contrapartida, la necesidad de una garantía para asegurar su restitución al nudo propietario⁹.

El Código Civil no regula explícitamente el usufructo de dinero. De ahí que la mayor parte de la doctrina lo considere un subtipo del de cosa consumible del artículo 482 CC¹⁰ y, quienes lo han estudiado en profundidad, acuden al régimen los artículos 494 y 507 CC, que analizamos después. Lo contempla el Código Civil Catalán, cuyo artículo 561-33 dispone: “1. *Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital.* 2. *Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad*”.

Señala la doctrina¹¹ que las cuestiones primordiales que suscita el usufructo de dinero son dos: qué es dinero a los efectos de esta figura y cuál es su calificación, esto es, si el dinero es o no una cosa consumible.

Para resolver la primera, debe acudir al artículo 427-27 CCCat, que regula los legados de dinero y demás activos financieros, pues la forma más frecuente de constituirse este usufructo es por medio de legado, según el cual: “1. *Si el legado tiene por objeto todo el dinero que el causante deje al morir, se entiende que incluye tanto el efectivo como el dinero depositado a la vista o a plazo en entidades financieras. Si el legado se circunscribe a dinero que el causante tenga en una determinada entidad, se entiende igualmente que incluye ambas modalidades de depósito*”¹². El cabal sentido de este concepto lo hace asumible en el Derecho común¹³.

Por lo que respecta a la segunda, pese a la discusión sobre si el dinero, bien fungible caracterizado por su *ultrafungibilidad* o *genericidad absoluta*¹⁴, es o no una cosa consumible, se constata que la doctrina más extendida se inclina por la postura afirmativa, pues su destino natural es el gasto (*nummi consumpti*), el cual implica su desaparición del patrimonio del usuario. Las demás cosas consumibles desaparecen por su uso; y el dinero se consume jurídicamente por su circulación económico-jurídica¹⁵. En este sentido, BONET CORREA explicaba que, junto a la consumibilidad material o física, hay la relativa o civil que es el gasto; éste supone la enajenación o traslado de las piezas monetarias que efectúa una persona al desprenderse de ellas, por lo que la consumición se produce por cambio de titularidad¹⁶. Se apunta que, el distingo de una consumibilidad material (por destrucción: las cosas consumibles desaparecen por el primer uso —*quae primo usu consumuntur*—; son cosas que permiten un uso simple y no reiterado) y una jurídica (por enajenación), implica un amplio sentido de consumición (consumición o consumo), con el que el *ius utendi* nada es sin el *ius abutendi*, como sucede con el dinero, concluyendo, por tanto, que el usufructo de dinero es un subtipo de usufructo de cosa consumible, aunque con ciertas particularidades¹⁷. Que el dinero es una cosa consumible lo recoge el Derecho positivo español (art. 561-5 CCCat¹⁸) y algún Derecho extranjero (art. 587 *Code Civil*¹⁹). La afirmación de que el dinero es una cosa consumible conlleva, por tanto, aplicar el régimen del cuasiusufructo o usufructo de cosa consumible del artículo 482 CC.

Sin embargo, puntualiza MONTSERRAT VALERO²⁰ que, la doctrina, al ampliar el concepto de consumibilidad a las cosas cuyo uso implica la salida del patrimonio de su sujeto, no ha tenido en cuenta las dos formas de salida (gasto e inversión). Amplia él también el concepto de consumibilidad a la que denomina *consumibilidad económica*, que consiste en la salida del patrimonio sin correspondiente. El dinero, en su opinión, posee una doble naturaleza, pues funciona como bien consumible, cuando se gasta (su uso sí implica destrucción); y como bien no consumible, cuando se invierte (porque se materializa en otras cosas que lo sustituyen y permanecen en el patrimonio con un valor económico). Su conclusión es que el usufructo de dinero, aplicando el artículo 482 CC, es aquel en que el usufructuario sólo puede usarlo para obtener su rendimiento económico, *id est*, para invertirlo y no para gastarlo²¹.

Pese a la estricta lógica de su consideración, la construcción de este autor no ha tenido acogida en la doctrina ni en la jurisprudencia²². Reputado el dinero como un bien polivalente (que puede ser productivo o consuntivo) cabría su catalogación como usufructo ordinario de dinero (*ius fruendi*) y como usufructo de cosa consumible sobre dinero (*ius utendi: usus sine fructus*), tal como ha observado GARCÍA PÉREZ²³, pese a que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, insistimos, lo subsume dentro del cuasiusufructo al que aplicar el artículo 482 CC.

Concluimos pues que, en la actualidad, se entiende que el objeto del usufructo de dinero (considerado un cuasiusufructo²⁴) puede ser dinero en metálico y también el depositado en una entidad bancaria (numerario depositado en libretas de ahorro, cuentas corrientes y productos financieros a la vista de disponibilidad inmediata o a plazos fijos²⁵). A su vez, ciertos títulos valores (como cheques, letras de cambio o, en general, títulos al portador), que tienen analogía económica y funcional con el dinero, deben también quedar sometidos al régimen del usufructo de dinero²⁶.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

1. PARTICULARIDADES

Superada la concepción aristotélica de la esterilidad del dinero (*pecunia pecuniam non parit; nummus nummum non parit*) que lo proscribía como objeto del usufructo, hoy se entiende que el usufructo de dinero concede al usufructuario la posibilidad de simplemente tenerlo o de obtener sus frutos civiles (*pecunia pecuniam parit; nummus nummum parit*) mediante ciertos contratos (préstamos, inversiones).

Si el dinero se pone a disposición del usufructuario, su efectiva utilización depende, en términos teóricos, como veremos, de si ha prestado o no fianza. Por el contrario, si, al constituirse el usufructo, el dinero se halla en posesión de un tercero, en virtud de un préstamo o de una inversión financiera, entiende RIVERO HERNÁNDEZ que el usufructuario queda vinculado por esta relación jurídica que debe respetar hasta su extinción y sólo tiene derecho a los intereses del préstamo o a los rendimientos de la inversión²⁷. En el caso de las inversiones financieras, junto a los intereses, hay otros rendimientos doraes no periódicos (regalos como vajillas o cuberterías, sorteos de viajes) que deben recibir el tratamiento de frutos civiles y corresponden al usufructuario en proporción al tiempo de disfrute²⁸.

A. *Sobre si pierde o no la propiedad del dinero el nudo propietario y la facultad de disposición del usufructuario: postura de la jurisprudencia menor*

Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto de la transmisión o no de la propiedad de las cosas consumibles en el cuasiusufructo, lo cierto es que, cuando el objeto es dinero, casi todos los autores coinciden en que las especialidades que éste ofrece, implican que la adquisición de su propiedad por el usufructuario se produce —por la pérdida de su individualidad— desde el momento en que lo recibe y convienen en que el derecho de propiedad del nudo propietario es reemplazado por uno de crédito desde su consumo²⁹.

Sin embargo, para RIVERO HERNÁNDEZ³⁰, el nudo propietario no pierde la propiedad del dinero cuando éste esté depositado en una entidad financiera, ya sea antes del inicio del usufructo, o durante el mismo, por no haber prestado fianza (art. 494 CC)³¹. Si se trata de la puesta a disposición del usufructuario de una cantidad de dinero, su naturaleza fungible (con la confusión con su propio dinero) le lleva a concluir que, en tal caso, ha adquirido la propiedad (exclusiva, o en comunidad con el nudo propietario, como en el caso de la mezcla *ex art.* 381 CC). Esta interpretación comporta que, en el primer caso, el riesgo de pérdida (no culpable) del dinero invertido por insolvencia total de la entidad financiera, desaparición del depositario o prestatario sin posibilidad de recuperación, debe asumirlo el nudo propietario, pues es el titular del depósito o de la inversión, quedando el usufructuario sin el goce del dinero extinto. En cambio, en el segundo caso, el riesgo lo sufre el usufructuario tras la entrega material del dinero pues es deudor de su total restitución.

Respecto de la facultad de disposición por parte del usufructuario, la jurisprudencia menor se mueve entre dos posturas. Hay sentencias como la de la Audiencia Provincial de Teruel (Secc. 1.^a) de 21 de enero de 2000, la de la Audiencia Provincial de Cantabria (Secc. 2.^a) de 8 de febrero de 2002 o la de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 11.^a) de 10 de noviembre de 2005, que consideran que el usufructuario tiene la plena disposición del dinero, debiendo devolverlo a la extinción del usufructo; mientras que otras³², como la de la Audiencia Provincial de León (Secc. 2.^a) de 10 de febrero de 2000 (que considera el usufructo sobre una cantidad depositada en un banco como un usufructo de crédito y no de dinero, al que aplica el artículo 507 CC), la de la Audiencia Provincial de Huesca (Secc. 1.^a) de 21 de marzo de 2000, o la de la Audiencia Provincial de Burgos (Secc. 3.^a) de 19 de junio de 2002 (*“El usufructo universal legado a su cónyuge no legitima para disponer de los bienes que lo integran, sino a percibir los frutos que produzcan [...]”*³³), que parten, por la definición esencial del usufructo, de que el usufructuario no puede disponer libremente del capital usufructuado³⁴.

La sentencia cántabra contiene una declaración que se ha repetido en numerosas resoluciones: *“Con independencia de la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho real de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufructuada), acerca de que el usufructo de dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el art. 482 del CC, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio. El usufructo confiere la*

facultad de uso y servicio de la cosa, pero no la de consumirla o enajenarla, integrando aquella facultad de uso el «ius possidendi» (el poder y deber de tener la cosa a su disposición) y la del servicio el «ius fruendi» o percepción de los frutos de la cosa, frutos que en el caso de cosa consistente en dinero son los civiles que se contemplan en el artículo 355 del CC. En consecuencia, cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el «ius utendi» apenas tiene valor sin el «ius abutendi» o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el «tantundem»”.

En los últimos años, no obstante, la jurisprudencia menor constata, de un lado, un incremento de las sentencias que abordan cuestiones relativas a usufructos de dinero; y de otro, que prácticamente todas las que hemos localizado reconocen la facultad dispositiva del usufructuario de dinero³⁵.

Como muestra de lo afirmado, podemos citar algunas sentencias recientes. La SAP de Asturias (Secc. 6.^a), de 20 de junio de 2016, reproduciendo casi literalmente el texto de la sentencia cántabra mencionada, afirma “*la imposibilidad por parte del Banco de poner limitación alguna a la viuda para la disposición del total del importe depositado*”. La SAP de Jaén (Secc. 1.^a), de 20 de septiembre de 2017, señala que es reiterada la doctrina de que el usufructo impropio permite la disposición de las cosas por el usufructuario. La SAP de Valencia (Secc. 8.^a), de 29 de enero de 2018, alude a la sentencia cántabra y señala que la obligación del usufructuario se concreta en la entrega de la suma de la cantidad de dinero a la terminación del usufructo, no extensible a la entrega de los intereses que la misma produzca. También lo hace la SAP de Murcia (Secc. 5.^a, con sede en Cartagena), de 13 de marzo de 2018, para negar el *ius abutendi* a los nudos propietarios respecto de los saldos en cuentas bancarias, por lo que “*no podían, de forma unilateral, realizar reintegros ni autorizar cargos en detrimento de dichos saldos*”; la SAP de Granada (Secc. 4.^a), de 23 de marzo de 2018; y la de Madrid (Secc. 9.^a), de 18 de julio de 2018, que declaró que en el usufructo de dinero “*en modo alguno determina que la entidad bancaria demandada debiera limitar al usufructuario el derecho de disposición sobre ese dinero*”. También reconocen la facultad de disposición del usufructuario la SAP de Orense (Secc. 1.^a), de 28 de diciembre de 2018; y la SAP de Málaga (Secc. 5.^a), de 29 de marzo de 2019, que declara que conforme a “*la jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales se ha de concluir que en el caso del usufructo sobre productos bancarios o saldos el usufructuario puede disponer del dinero viniendo obligado el usufructuario a su restitución cuando se extinga el usufructo*”³⁶.

B. Sobre la prestación o no de fianza y la eventual aplicación del artículo 507 CC

Al igual que en el usufructo ordinario, en el de cosas consumibles, el nudo propietario tiene derecho a exigir que el usufructuario preste fianza suficiente (arts. 491 y ss. CC y art. 567-7-1 CCCat)³⁷.

Para el usufructo de dinero, la obligación de prestar fianza no está prevista explícitamente, pero sí en el artículo 507 CC, cuando regula el destino del dinero cobrado por el usufructuario de un crédito vencido³⁸. Cobrado el crédito, el capital realizado ingresa en el patrimonio del usufructuario y debe ser restituido al nudo

propietario al concluir el usufructo, por lo que se establece un mecanismo de protección del nudo propietario, según haya o no prestado fianza (o si la prestada no es suficiente). El usufructuario con fianza “*puede dar al capital que realice el destino que estime conveniente*”, pero si no la ha prestado “*deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado*”. La doctrina especializada considera que dicho precepto debe aplicarse por analogía (identidad de razón, *eadem ratio*) para exigir la fianza al usufructuario de dinero³⁹, pues, como señala DEL CARPIO FIESTAS⁴⁰, no se aprecia una verdadera razón de justicia material que explique que el legislador permita al nudo propietario proteger la integridad del dinero usufructuado que provenga de la realización de un crédito previo, cuando ese cobro es incierto por depender de la voluntad del usufructuario y de contingencias externas, y que, sin embargo, no otorgue la misma tutela cuando se trate de dinero usufructuado desde el momento en que se constituyó el usufructo integrando ya su patrimonio.

Por otro lado, “*dar al capital el destino que se estime por conveniente*”, si se ha prestado fianza, implica poder exigir su entrega para hacer con él lo que se desee: dejarlo inerte en su patrimonio, gastarlo o negociar con él (prestarlo, invertirlo en productos financieros), siendo irreivindicable por su propietario⁴¹, constituyendo un cuasiusufructo. Eso sí, el usufructuario queda obligado, finalizado el usufructo, *ex art. 482 CC (art. 571-5.1 CCCat)* a restituir la cantidad que recibió⁴².

Como puede observarse, la eventual aplicación del artículo 507 CC al usufructo de dinero, con la prestación o no de fianza por parte del usufructuario del capital, resulta enormemente relevante, pues, mientras, en el primer caso, puede disponer libremente de él, en el segundo, su disfrute se circunscribe a la obtención de intereses. Sin embargo, frente a estas consideraciones doctrinales, la jurisprudencia se abstrae de tal distinción y reconoce el mismo disfrute (plena disposición) al usufructuario de dinero haya o no prestado fianza.

La normativa catalana, por su parte, obliga al usufructuario de dinero a prestar fianza si quiere disponer de él, al establecer que los “*usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad*” (art. 561-33.2 CCCat). La normativa aragonesa, respecto del usufructo viudal, parte de la base de que el cónyuge viudo no está obligado a prestar fianza y sólo tiene que hacerlo si lo estableció el premuerto en testamento u otro instrumento público; si lo exigen los nudos propietarios, salvo disposición contraria del premuerto; y si, aun mediando tal disposición, lo acuerda el juez, para salvaguardar el patrimonio hereditario (art. 285 CDFa).

C. Sobre la obligación de prestar fianza y la aplicación del artículo 494 CC

No hay en el Código Civil norma explícita que contemple los efectos asociados a los casos en que el usufructuario de cosas consumibles en general no presta fianza porque *no quiere* o porque *no puede* o porque *está relevado* de ello (por disponer así el título constitutivo de su derecho o por disposición legal).

El artículo 494 CC prevé que, para el caso en que el usufructuario de dinero deba prestar fianza y no lo haga, “*podrá el propietario exigir [...] que los capitales o sumas en metálico [...] se inviertan en valores seguros*”. A su vez, dispone que el usufructuario tiene derecho a “*los productos de los bienes puestos en administración*”⁴³. Éste es el único precepto codicial que menciona el usufructo de dinero no proveniente de la enajenación previa de otros bienes usufructuados (como sucede en los arts. 507 o 519 CC) y lo hace utilizando los términos *propietario* y *usufructuario*. En este supuesto concreto (usufructuario de dinero que, obligado a ello, no presta fianza), por tanto, el usufructo de dinero no sigue el régimen propio del cuasiusufructo, pues el nudo propietario conserva la propiedad de los capitales que, para ser fructíferos, deben invertirse en valores seguros (régimen del usufructo común)⁴⁴. Por tanto, una interpretación conjunta los artículos 482 y 494 CC determina que, si el usufructuario de dinero no presta la fianza a la que está obligado, carece de poder de disposición sobre el mismo, teniendo sólo derecho a percibir los frutos.

Ahora bien, si la ha prestado (o, incluso, si se le ha dispensado de ella), el nudo propietario tiene las facultades que le confiere el artículo 520 CC⁴⁵ y, por tanto, puede exigir al usufructuario que le entregue la cosa usufructuada por un abuso del usufructuario (uso anormal) que le cause considerable perjuicio, a cambio de abonarle el producto líquido del que se descuentan el precio de administración y los gastos⁴⁶. DORAL⁴⁷ sostiene que este precepto sólo es aplicable si se entiende que el usufructuario no adquiere la propiedad con la entrega; pero si se afirma que hay adquisición, es posible aplicar la doctrina del abuso de derecho en el ejercicio de la propiedad adquirida para llegar a la misma solución. Esta doctrina ha sido aducida en algunos procedimientos, al sostenerse que el ejercicio de las facultades dispositivas por el usufructuario constituye un abuso (SAP de Valencia, Secc. 11.ª, de 10 de noviembre de 2005) o que la situación económica del usufructuario permite suponer que no va a estar en condiciones de devolver el dinero a la extinción del usufructo, para, sobre la base de los artículos 520 y 7 CC, solicitar que el juez le ordene constituir un depósito del que obtenga los intereses generados (SAP de Huesca, Secc. 1.ª, de 21 de marzo de 2000). También la SAP de Valencia (Secc. 8.ª) de 29 de enero de 2018: el demandante-nudo propietario invoca el artículo 520 CC, solicitando el reintegro del dinero en la cuenta corriente en la que estaba ante el riesgo de su desaparición o pérdida y ser nula la rentabilidad por haberlo retirado y guardado el usufructuario en una caja fuerte sin saberse dónde.

La diferencia que ofrece la eventual aplicación de los artículos 494 y 507 CC radica en que, si bien el primero es directamente aplicable al usufructo de dinero (cuando, estando obligado a ello, el usufructuario se abstiene de prestar fianza), el segundo lo sería por analogía (cuando, quien habiendo cobrado un crédito, no presta fianza por el motivo que sea)⁴⁸. Nótese, por otro lado, que el espíritu de estos dos preceptos es el que el legislador catalán ha plasmado en su regulación del usufructo de dinero (art. 561-33 CCCat).

Como señala MONTSERRAT VALERO⁴⁹ esas dos normas recogen casos excepcionales a la libertad de emplear el dinero por parte del usufructuario que no ha prestado fianza, lo que significa que quien la ha prestado puede hacer con el dinero lo que quiera (gastarlo o invertirlo). A su vez, el artículo 507 CC permite al usufructuario que ha prestado fianza cobrar el crédito sin intervención del propietario y sin establecerse ningún control sobre el destino del dinero reclamado; y esto es indicio

de que en la *mens legis* el usufructuario adquiere la propiedad del dinero obtenido y puede hacer con él lo que quiera. La realidad demuestra que, por lo general, los Derechos que imponen al usufructuario de un crédito cobrado la obligación de invertirlo, no le facultan para reclamarlo por sí solo (art. 1000 Código Civil italiano, § 1077 BGB para los créditos con intereses). Por esto, en su opinión, la construcción del usufructo de dinero como un cuasiusufructo da lugar a la paradoja de que, en el supuesto de un usufructo de sumas en metálico, el nudo propietario tiene una posición más firme cuando el usufructuario no presta fianza que cuando la presta. Cuando la presta, es un mero acreedor de una suma de dinero al final del usufructo y, cuando no la presta, si consideramos que los valores seguros pasan a ser de su propiedad, conserva un derecho sobre el valor adquirido con el dinero⁵⁰.

Ahora bien, en consonancia con la interpretación que dicho autor propone, también podría entenderse que cuando, para el usufructuario que ha afianzado, el artículo 507 CC habla de *destino*, está pensando en un *destino de inversión* y no de gasto, de forma que el nudo propietario conserva la nuda propiedad sobre el bien objeto de la inversión⁵¹. De ahí que, en su opinión, el usufructuario de una suma de dinero, aun prestando fianza, no pueda gastarlo, sino sólo invertirlo; y no debería gozar de la libertad absoluta para decidir el objeto de la inversión que sólo puede ser financiera (excluyendo, por ejemplo, la adquisición de un inmueble).

Respecto a quién ha de invertir el capital en valores seguros, según el artículo 494, o ponerlo a interés, según el artículo 507, el primero dice que el propietario y el segundo el usufructuario, a quien podrá exigírselo el nudo propietario, pero, como no se ha prestado fianza, normalmente no se le habrá entregado dicho capital, por lo que será el propietario quien deba invertirlo o colocarlo a interés. De haberse entregado el dinero al usufructuario, será éste quien lo haga. En todo caso, la titularidad del dinero invertido corresponde siempre al nudo propietario y ni uno ni otro puede actuar de manera unilateral, porque dados sus intereses distintos en la operación (la seguridad en la inversión para el nudo propietario y el alto rendimiento para el usufructuario) cada uno de ellos debe contar con la aprobación del otro (art. 507.2 CC y art. 561-33.2 CCat). La inversión puede ser de cualquier tipo, dada la amplitud de los productos financieros existentes en la actualidad, siempre que se garantice la integridad del capital usufructuado, tal como señalan el Código Civil y la disciplina catalana⁵², lo que no significa que el usufructuario deba prestar una garantía por el riesgo económico de la inversión, sino que la inversión ha de ser prudente y razonable⁵³.

En todo caso, se ha señalado que el usufructuario se exime de la obligación de prestar fianza cuando, al comienzo del usufructo, el dinero lo posee un tercero en virtud de un préstamo o inversión financiera, pues, en tal caso, no hay riesgo alguno que garantizar al nudo propietario; pero, si, extinguido el contrato o terminada la inversión, quedara el dinero a disposición del usufructuario, ha de prestarla⁵⁴.

D. Sobre la dispensa de la obligación de prestar fianza en el usufructo vidual de dinero y la aplicación del artículo 494 CC

Considerado tradicionalmente que al usufructo de dinero sólo le resulta aplicable el artículo 494 CC (y no el art. 507 CC), las consecuencias derivadas de la

no prestación de fianza (inversión en valores seguros) sólo tienen lugar si había la obligación de prestarla. Por tanto, si no es preceptiva, el usufructuario de dinero mantiene su pleno poder de disposición.

Así ocurre en el caso del viudo usufructuario, pues no tiene obligación de prestar fianza si cuenta con una dispensa legal (art. 492 CC) o convencional (art. 493 CC). Respecto de la cuota legal usufructuaria del viudo, el artículo 492 CC dispone su exención imperativa, siempre que no contraiga ulterior matrimonio. A su vez, si el usufructo es universal y existe una *cautela Socini*, respecto del resto del patrimonio usufructuado que excede de la legítima, es práctica habitual testamentaria incluir tal dispensa, por la confianza que el testador deposita en su cónyuge. En este sentido, se apunta que, quizá, podría ser discutible la validez de tal dispensa voluntaria, pues sólo es admisible si “*de ello no resultare perjuicio para nadie*”, según ordena el artículo 493 CC⁵⁵, pero lo cierto es que la mayor parte de la doctrina la admite sin discusión⁵⁶.

Por su parte, el último párrafo del artículo 494 CC⁵⁷ contempla un derecho de retención de los bienes a favor del propietario, si así lo prefiere, cuando el usufructuario no presta fianza o queda dispensado de ella, entregando el producto líquido al usufructuario, deducido el premio de la administración. En este supuesto sí quedaría incluido, en principio, el usufructo viudal con dispensa de la obligación de prestar fianza. No obstante, se han observado en general ciertas dificultades para la aplicación de dicho artículo y, en concreto, de este último párrafo si se considera que, siguiendo la doctrina de la transmisión de la propiedad al usufructuario, no se está, en rigor, ante un nudo propietario y un usufructuario, sino ante un acreedor y un deudor⁵⁸.

Frente a esta consideración, el Código Civil recurre de continuo a los términos clásicos de *nudo propietario* y *usufructuario*, sin que, en nuestra opinión, sea un óbice para la aplicación directa del precepto señalado, máxime cuando así lo asume la normativa catalana (art. 561-33.2 CCCat) y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018), que regula el usufructo de dinero en iguales términos en su artículo 353-4⁵⁹.

E. Sobre la restitución del capital y el principio nominalista

La doctrina destaca el perjuicio que para el nudo propietario puede derivar de la depreciación monetaria provocada por la inflación. No cabe duda de que podría establecerse de forma voluntaria un régimen de actualización valorista en el título constitutivo para mantener el poder adquisitivo del dinero y proteger al nudo propietario (aposición de cláusulas de estabilización o de índices de actualización)⁶⁰. Sin embargo, no es común que se haga en los usufructos testamentarios, ni es la regla general en las deudas de dinero, regidas por el principio nominalista (pese a que éste no aparece formulado con claridad en nuestro Código Civil) y no por el valorista. Sin embargo, la doctrina más especializada en materia de usufructo, señala que frente a la seguridad jurídica que ofrece la solución nominalista, la valorista es mucho más justa⁶¹. Así, RIVERO HERNÁNDEZ⁶² sostiene que, al igual que la deuda de estimación en el usufructo de cosa consumible está sujeta a la solución valorista al amparo del artículo 482 CC, también la deuda derivada del

usufructo de dinero, por mediar una identidad de razón⁶³. Cuando las cosas consumibles se han dado estimadas, la obligación simple de su restitución (deuda de estimación), es, por encima del debate nominalismo-valorismo, una deuda de valor⁶⁴, ya sea por razones prácticas, ya sea por razones de justicia, pero, sobre todo, porque hay sólidos argumentos legales para defender que la deuda de estimación es de valor. En primer lugar, porque el principio inspirador de la restitución del cuasiusufructo es el mismo que el del usufructo común. En segundo lugar, porque no hay motivos que justifiquen que el criterio sobre la restitución en caso de estimación sea distinto del previsto para el caso en que no la haya; y, cuando no la hay, la obligación alternativa del usufructuario es restituir las cosas en igual cantidad y calidad o *“pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo”*, lo que en realidad significa entregar su valor objetivo o de mercado en el momento de su satisfacción (y no en el de constitución del usufructo)⁶⁵. El legislador aragonés acoge esta tesis dado que el artículo 229 dispone que *“el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”*. También algunos Derechos extranjeros, como el artículo 587 Code Civil (*“leur valeur estimée à la date de la restitution”*)⁶⁶ o el § 1067.1 BGB (*“una vez finalizado el usufructo debe compensar al constituyente el valor que tenían las cosas en el momento de la constitución”*).

Ahora bien, entiendo RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁷ que, de no interpretarse en este sentido el Código Civil (ni el art. 561.33 CCCat) sería necesaria una reforma legislativa pues *“restituir a un nudo propietario la estricta suma de dinero que se entregó veinte o treinta años antes al usufructuario, además de injusto en la práctica, es profundamente contrario al principio general que informa la institución (restituir la cosa o su equivalente) y al del enriquecimiento sin causa (del usufructuario)”*.

Curiosamente, frente a la claridad y acierto de la regulación catalana del usufructo de dinero, inspirada en el usufructo de créditos del artículo 507 CC, llama la atención que esta cuestión no haya sido objeto de tratamiento. El legislador catalán soluciona el problema relativo a la pérdida de control por el nudo propietario y el riesgo efectivo de la pérdida del dinero, exigiendo la prestación de garantía para que el usufructuario pueda dar al dinero el destino que le plazca. Pero nada dice respecto de la aplicación del principio valorista. Y lo más interesante es que sí lo hacía su precedente inmediato en la derogada Ley catalana 3/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, en su artículo 26: *“1. En el usufructo de dinero, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos que produce un capital en dinero. 2. Si el usufructuario ha constituido fianza, puede dar al capital la destinación que considere conveniente y tiene la obligación de devolver la cantidad de dinero equivalente a este capital al extinguirse el usufructo. 3. Si el usufructuario está eximido de constituir fianza o no la puede constituir, debe poner el capital a interés con el acuerdo del nudo propietario o, si falta el acuerdo, con autorización judicial; y, en cualquier caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto de usufructo. 4. La titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos”*. Este precepto fue modificado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, dando lugar al actual artículo 561-33.

Dos cosas llaman la atención. De un lado, la supresión de la *obligación de devolver la cantidad de dinero equivalente a este capital al extinguirse el usufructo*, lo que puede interpretarse que supone un retorno al principio nominalista; y, de otro, la desaparición del último párrafo que, pese al incorrecto empleo del término *titularidad* procedente de la práctica bancaria, quería indicar que la propiedad del dinero usufructuado correspondía al propietario. Esto implica que, de nuevo, se abre la discutida cuestión relativa a si el dinero usufructuado lo adquiere el usufructuario desde la entrega o no. Explica AGUSTÍN TORRES⁶⁸ que la eliminación de este apartado se hizo porque en los supuestos de usufructo con prestación de garantía, el mismo podría conducir a dificultades de interpretación en orden a la amplia facultad dispositiva en forma de consumo o inversión que se reconoce al usufructuario [que no sería propietario]. Supresión que, a juicio de DEL CARPIO FIESTAS⁶⁹, es desacertada: quizá el legislador catalán entendió que se había excedido al proteger los derechos del nudo propietario y ha rectificado retrocediendo a un punto intermedio; pero —añade—, resulta paradójico que si el usufructuario es el dueño del dinero, la ley le limite el destino de lo que es suyo, o bien deba garantizar su integridad a favor de quien, como nudo propietario, en realidad, es solo un acreedor.

En todo caso, MONSERRAT VALERO⁷⁰ se pregunta hasta qué punto los perjuicios ocasionados por el fenómeno de la inflación derivan de constituir el usufructo de una suma de dinero como un cuasiusufructo y no de ella en sí, porque si el nudo propietario fuese propietario de la suma de dinero también la sufriría.

2- CONVENIENCIA DE SU REGULACIÓN

De lo expuesto se colige que, aunque el régimen del usufructo de dinero sea el del artículo 482 CC, las dudas que suscita la ausencia de normativa completa aconsejan su regulación. En este sentido, se apunta la conveniencia de incorporar un párrafo segundo al mencionado artículo y, en particular, la necesidad de imponer de modo explícito la aplicación de un principio valorista, porque restituir la misma especie, cantidad y calidad lleva al principio nominalista vigente en nuestro Derecho⁷¹.

Por otro lado, TORRELLES TORREA⁷² sostiene que en el usufructo de dinero hay transmisión de la propiedad al usufructuario, por entender que, al no desaparecer el dinero con su disfrute, permanece en su estado cuando se restituye otro tanto, por lo que el inicialmente entregado lo continúa teniendo el usufructuario pese a haber cesado el usufructo y haberse procedido a su restitución. Ahora bien, en su opinión, la ley lo debe dejar claro, al igual que hace el artículo 1753 CC en el contrato de préstamo (o el § 1067 BGB). Esta consideración implica que el usufructuario de dinero tiene plenas facultades dispositivas sobre el capital.

Debe destacarse que la normativa catalana actual (y también la derogada) brinda al nudo propietario del dinero una protección mayor que la que proporciona el Derecho común. El usufructo de dinero se configura como un usufructo ordinario (con derecho a intereses) y, sólo si se ha prestado fianza, goza el usufructuario de plenas facultades para darle el destino que considere. La necesidad de una regulación detallada se hace patente para despejar estas dudas en torno

al concreto disfrute del dinero y a la obligatoriedad de la prestación de garantía. Tales dudas se manifiestan aún más, si cabe, con la cuestión que abordamos a continuación.

III. EL USUFRUCTO VIDUAL DE DINERO Y LA EVENTUAL PRIVACIÓN LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

1. LOS PRESUPUESTOS: CAUTELA SOCINI, DISPENSA DE FIANZA Y CAUDAL RELICTO CONSISTENTE EN DINERO

Una de las cuestiones que invitan a una reflexión profunda sobre la necesidad de la regulación del usufructo de dinero en el ámbito del Derecho común se halla en la posibilidad de que, a través del usufructo vidual de dinero, los legitimarios descendientes pueden verse privados, en todo o en parte, de su legítima.

Se trata de una cuestión que prácticamente sólo ha preocupado a la profesora DEL CARPIO FIESTAS⁷³ y sobre la que puede encontrarse algún estudio de Derecho foral (especialmente aragonés)⁷⁴.

Para que esto ocurra y se vulnere, en definitiva, el principio de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, deben mediar dos concretas circunstancias concurrentes, sin que sea precisa la mala fe o ánimo fraudulento del testador para la producción de dicho resultado⁷⁵. Por un lado, un testador que dispone a favor de su cónyuge un usufructo universal vitalicio mediante la denominada cautela sociniana (Socini, de Socino), gualdense o angélica (cláusula de opción compensatoria de la legítima, que ofrece un mayor *quantum* a cambio de una merma en el *quale*)⁷⁶ y, por otro, que en el caudal relicto haya dinero.

La cautela Socini se define como la *“previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que le concede más de lo que le corresponde por legítima pero sujetando esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso”*⁷⁷. El supuesto más habitual es el de quien, casado y con hijos, atribuye a su cónyuge el usufructo universal de la herencia y la nuda propiedad a los hijos hasta la extinción del usufructo. Pero el recurso a tal cautela no puede circunscribirse al caso descrito (concepto estricto), pues puede extenderse a otros en los que el testador contempla ciertas ventajas a favor de los legitimarios que acepten el gravamen impuesto a sus legítimas (concepto amplio): así, la STS de 5 de diciembre de 2018. Pte.: Salas Carceller). Por esto, junto a la clásica definición de la STS de 10 de julio de 2003 (Pte.: Martínez Pereda-Rodríguez) —*“consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más [sic] de los derechos que la ley concede al cónyuge superviviente como legitimario”*—, hoy parece más adecuada la de la STS de 27 de mayo de 2010 (Pte.: Salas Carceller), según la cual la cautela Socini *“es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiéndole que si el legitimario no*

acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta”.

Aclarado lo anterior, nos ocupamos aquí del supuesto de la legítima de un hijo gravada con el usufructo universal de su progenitor.

Pues bien, admitida doctrinal y jurisprudencialmente la cautela Socini, se entiende que supone una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima (art. 813.2 CC), por someterse a un gravamen y quedar supeditada su adquisición a la muerte del usufructuario. Pero, además, si el usufructo universal del cónyuge viudo era todo (o en gran parte) un usufructo de dinero, la legítima queda, no sólo vulnerada cualitativamente, sino también cuantitativamente; quebrantándose, pues, tanto en el *quale* como en el *quantum*.

Por ejemplo, un testador con vecindad civil de Derecho común, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, otorga un testamento abierto en el que incluye a favor de su cónyuge un usufructo universal mediante la cautela Socini, con la finalidad de favorecerlo frente a los hijos comunes y de que mantenga una situación económica similar tras su muerte. El cónyuge supérstite, usufructuario universal vitalicio de la totalidad de la herencia, estará dispensado, normalmente, de las obligaciones de prestar inventario y fianza. Los legitimarios serán los nudos propietarios de todo el patrimonio. Si alguno no estuviera conforme con dicha disposición, recibiría únicamente la legítima estricta. Por esto, si todos los legitimarios se opusieran al usufructo universal vitalicio, el cónyuge supérstite se quedaría con el usufructo sobre el tercio de mejora y el tercio de libre disposición en plena propiedad. La elección del hijo legitimario es: menor cuota sin gravamen (plena propiedad de la legítima estricta efectiva ahora) o mayor cuota con gravamen (plena propiedad de una porción alícuota de todo el patrimonio hereditario efectiva tras la extinción del usufructo).

La cautela sociniana constituye una práctica generalizada en nuestro país, siendo muy elevado el número de testamentos otorgados por personas casadas con descendientes que la incluyen, con relevación de la obligación de prestar fianza⁷⁸. Es, como señala, MARTÍNEZ SANCHIZ⁷⁹, “la disposición más repetida en los testamentos de matrimonios bien avenidos”, habiendo devenido una cláusula de estilo, con fórmulas más o menos complejas y más o menos extensas: “*Lega a su esposo/a el usufructo de toda su herencia para que la disfrute de por vida, sin inventario ni fianza, y sin necesidad de entrega por los herederos. El que de estos se niegue a admitirlo recibirá sólo el mínimo que marca la Ley; y si todos se niegan podrá optar su esposo/a por quedarse en plena propiedad la tercera parte de la herencia y disfrutar conforme a la Ley de otra tercera parte*”; “*Lega a su esposa/a el usufructo vitalicio de toda su herencia, o bien, si alguno se opone a este legado, le lega en este caso, el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota en usufructo que el Código Civil asigna al viudo*”; “*Lega a su esposo/a el usufructo vitalicio de toda su herencia, con relevación de fianza, cumpliéndose, si alguno de los herederos se opone a este legado, lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 820 del Código Civil, aunque el usufructo legado no tenga valor mayor que la porción disponible*”⁸⁰.

En todo caso, hay que tener presente que aun sin cautela sociniana, recayendo el usufructo del cónyuge supérstite sobre el tercio de mejora, si éste consiste en dinero, la dispensa de fianza también puede implicar el riesgo de su pérdida para los legitimarios.

2. LOS EFECTOS INDESEADOS: LA PÉRDIDA DE LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

La concurrencia de la cautela sociniana con la figura del usufructo de dinero (ya sea en efectivo metálico, ya sea en cuentas abiertas en entidades financieras) puede provocar resultados inusitados y, probablemente, no queridos por el legislador: la pérdida de la legítima del descendiente legitimario.

La consideración de que el usufructuario de una suma de dinero es un cuasiusufructuario y de que, por tanto, adquiere su propiedad, pudiendo darle el destino que le plazca, convierte al nudo propietario en un mero acreedor de tal cantidad. El cónyuge superviviente usufructuario universal de dinero⁸¹, generalmente relevado de la obligación de prestar fianza, puede gestionarlo como considere, dando lugar, incluso, a su total desaparición. Tras su fallecimiento, los descendientes que tendrían el derecho de crédito para reclamar tal cantidad (en virtud de la herencia del primer progenitor) son, a su vez, los deudores (en virtud de la herencia del segundo progenitor) de la misma, produciéndose la confusión de la obligación (art. 1192 CC) y, con ello, la pérdida total o parcial de su porción legitimaria.

El conflicto entre el cónyuge viudo y los nudos propietarios no es únicamente el derivado de la depreciación del dinero por la aplicación del principio nominalista a un usufructo probablemente duradero, sino, principalmente, el riesgo de extinción de la deuda al finalizar el usufructo, por la configuración jurídica de dicho usufructo como un usufructo de cosa consumible⁸². En la jurisprudencia menor, las sentencias ya citadas, que reconocen la plena facultad de disposición del viudo, son muestra de esta eventualidad y, en particular, la menciona la SAP de Burgos (Secc. 3.ª) de 19 de junio de 2002 (aunque se niega el poder de disposición del usufructuario).

Distinto tratamiento tiene el usufructo de fondos de inversión, pues, como señala MARTÍNEZ DE BEDOYA⁸³, la participación en fondos de inversión ni es equivalente al dinero ni es un bien consumible (el fondo es un producto de ahorro, no de consumo), por lo que no se rige por las normas del usufructo de cosas consumibles, sino por las del usufructo común. En el mismo sentido MONTSERRAT VALERO⁸⁴ afirma que, si un usufructo se constituye sobre una inversión financiera y no sobre una suma de dinero, se está ante un usufructo ordinario y no ante un cuasiusufructo (aunque el objeto en realidad sea el dinero invertido). Este usufructo es ajeno, por tanto, a los riesgos que para el nudo propietario implica la adquisición de la propiedad del dinero por el usufructuario y la pérdida de control de las inversiones, aunque pueda ofrecer otros problemas⁸⁵.

En todo caso, la presencia de dinero en un patrimonio hereditario sobre el que se constituye un usufructo viudal universal no es siempre fuente de conflictos. Como señala DEL CARPIO FIESTAS⁸⁶, muchas veces la prudente gestión conjunta de usufructuario y nudo propietario, quizá incluso en la creencia (errónea) de que en nuestro Derecho común esta gestión conjunta es exigible legalmente o de que el usufructuario sólo tiene derecho a percibir los intereses o los rendimientos, evita la generación de desencuentros. También puede ocurrir que, como señala MONTSERRAT VALERO⁸⁷, nudo propietario y usufructuario se pongan de acuerdo sobre el valor de la nuda propiedad y del usufructo y se repartan el dinero conforme a ese valor. En tal caso, el usufructo no plantea ningún problema porque ha desaparecido⁸⁸.

Pero DEL CARPIO FIESTAS⁸⁹ señala también que la práctica profesional permite confirmar algún caso real en el que el causante ha otorgado testamento en el que ordena un usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge con cautela Socini y relevación de fianza, transformando en dinero la totalidad de su patrimonio poco antes de su fallecimiento, con el propósito deliberado de despojar de la legítima a los descendientes en beneficio del viudo⁹⁰.

La realidad actual es que el usufructo de dinero, entendido como un usufructo de cosa consumible (art. 482 CC), confiere al usufructuario la facultad de disponer libremente del dinero usufructuado y sin control ninguno. No tiene que dar cuentas de su gestión ni administrarlo con particular diligencia. Su obligación es devolver la misma cantidad al finalizar el usufructo, sin que exista subrogación real sobre las cosas que haya adquirido. El usufructuario no tiene derecho a los intereses o rendimientos como sucede en el Derecho catalán, sino que adquiere la propiedad sobre el capital usufructuado (o, al menos, la facultad de disponer de él *ad nutum*), debiendo devolverlo a su extinción, la cual coincide con su fallecimiento, por lo que, finalmente, la deuda la recibirán los herederos que, en el caso que tratamos, son, a su vez, los legitimarios, por lo que la obligación se extingue por confusión, quedando privados total o parcialmente de su legítima.

El mayor inconveniente que ofrece, en general, el usufructo de dinero es el de la solvencia del usufructuario, salvo que haya constituido fianza, seguido del de la pérdida del valor monetario de la cantidad usufructuada (salvo que se hubiera pactado una cláusula de estabilización). Pero, a estos dos, hay que añadir el de la imposibilidad legal de reclamar la devolución del dinero usufructuado, por extinguirse por confusión la deuda de restitución. Aunque tal obligación nace en el momento de la constitución del usufructo, su cumplimiento y exigibilidad se producen al finalizar éste⁹¹; lo que, en nuestro caso y tratándose de un usufructo vitalicio, tiene lugar con el óbito del usufructuario. La reclamación a los herederos del usufructuario, en tanto que responsables de la obligación de restitución, sólo es posible si fueran extraños, pero no cuando son los nudos propietarios del dinero usufructuado por el viudo.

Partimos del supuesto más común en que los herederos del causante usufructuario son los mismos que los del causante que falleció en primer lugar. En estos descendientes comunes confluyen dos cualidades pues, por un lado, son herederos del padre que falleció en primer lugar y, como tales, nudos propietarios de los bienes usufructuados por su progenitor supérstite; y, por otro, son herederos del progenitor usufructuario, del que reciben la obligación de restituir la cantidad usufructuada. Si la sucesión fue testada, normalmente habrá instituido herederos a los descendientes comunes. Si la sucesión fue intestada, estos descendientes comunes son los herederos porque así lo impone la ley (claro está que, en este caso, la cuota legal usufructuaria sólo recae sobre el tercio destinado a mejora). En virtud de la primera herencia (causada por la muerte del primer progenitor) son acreedores de la cantidad usufructuada vitaliciamente y en virtud de la segunda (causada por el fallecimiento del segundo) son deudores de la misma. Pero esta deuda queda automáticamente extinta por efecto de la confusión desde el momento en que aceptan la herencia del segundo progenitor fallecido.

Los obligados por la deuda de restitución son los hijos o descendientes que sean sucesores a título universal del viudo. Por supuesto que, si alguno de ellos

fuera legatario, al fallecer su progenitor, no sería deudor y, por tanto, no se produciría la confusión, pero este extraño caso exigiría que el cónyuge superviviente hubiera otorgado testamento instituyendo herederos a unos hijos y legatarios a otros⁹².

Cualquiera que sea la postura que se adopte sobre el usufructo de dinero, esto es, ya se considere como un usufructo en sentido económico, ya se considere como un verdadero derecho real en cosa ajena, el usufructuario, extinguido el usufructo, está obligado a su devolución. Y, aunque la doctrina no suele poner de relieve los efectos de la confusión, se producen, al igual que, por ejemplo, los de la compensación de deudas de propietario y cuasiusufructuario a la que sí hacen referencia ALBALADEJO y DORAL⁹³.

Por otro lado, en el hipotético caso en que el cónyuge superviviente, beneficiado con un usufructo universal, no hubiera sido dispensado de prestar fianza, la extinción de la obligación de restitución por confusión, produciría también la extinción de la obligación accesoria de fianza por aplicación del artículo 1193 CC. En virtud del principio *accessorium sequitur principale*, cualquiera que fuera el afianzamiento prestado (ya fuera una garantía personal o una garantía real), se extinguiría tras la desaparición de la deuda garantida⁹⁴.

3. LA VIRTUAL EVITACIÓN DE LOS EFECTOS INDESEADOS

El efecto cancelatorio de la restitución debida por los herederos (deudores y acreedores al tiempo) sólo puede evitarse de dos formas⁹⁵. La primera es que, si repudian la segunda herencia, serán los siguientes llamados a la sucesión quienes respondan de las deudas del causante (entre las que está la derivada del usufructo de dinero), por lo que no reciben dicha herencia, pero tienen derecho a cobrar sus créditos en cuanto herederos del primer progenitor fallecido como nudos propietarios.

La segunda es que si los herederos aceptan a beneficio de inventario, no se confunden, para ningún efecto, en daño del heredero, los bienes particulares de éste con los de la herencia y, por tanto, no se produce la extinción de la obligación por confusión (art. 1023 en relación con el art. 1192, 2.º CC). Pero tampoco en este caso mejora la situación de los herederos pues, pese a que no se extingue tal deuda por confusión, no hay nadie obligado a responder distinto de los propios herederos, pues ellos serían acreedores y deudores de una deuda que aparecería en el inventario y que se pagaría con los bienes de la herencia del usufructuario que, en cualquier caso, habrían ido a parar a los mismos herederos, de forma que, en realidad, la pérdida económica es la misma.

Por tanto, la aceptación a beneficio de inventario no implica ventaja alguna, salvo que el usufructuario hubiera prestado fianza. En tal caso, al no extinguirse por confusión la obligación de restitución, tampoco claudica la obligación accesoria de la fianza. Incumplida la obligación principal, por carecer el cónyuge viudo usufructuario de patrimonio suficiente para afrontarla, entraría en juego la fianza prestada. Pero, si la deuda se salda con los propios bienes de la herencia del viudo que, en puridad, pertenecen a los descendientes herederos, no habría incumplimiento, reduciéndose, eso sí, el caudal relicto del usufructuario. Por tanto, como señala DEL CARPIO FIESTAS⁹⁶: “Para que pueda tener algún efecto práctico la

fianza, no sólo se necesita que los descendientes comunes del testador inicial y su viudo hayan aceptado a beneficio de inventario la herencia de éste, sino, además, que en el patrimonio relicto del viudo no haya bienes suficientes para la restitución del dinero”.

En todo caso, la fianza está legalmente dispensada en cuanto a la cuota legal usufructuaria mientras el cónyuge sobreviviente no contraiga ulterior matrimonio (art. 492 CC); y no puede exigirse en el caso del usufructo universal si el testador ha relevado de ello a su consorte, lo que, por otro lado, suele acontecer casi siempre, observándose, además, en la práctica, que constituye una cláusula notarial de estilo, junto con la exención de inventario.

4. SOBRE LA VALIDEZ DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR FIANZA Y EL PERJUICIO DE TERCERO

Si el cónyuge viudo, usufructuario universal, no estuviera exento de la obligación de afianzar por no haberle eximido de ello el testamento del cónyuge premuerto, en todo caso, lo estaría respecto de la cuota legal usufructuaria por disposición de la ley. Ahora bien, si contrajera ulterior matrimonio, estaría obligado a prestarla, pues la exención queda sujeta a la condición de que permanezca viudo (*condicio viuditatis*) (art. 492 CC).

Caso de que la dispensa de fianza sea de origen voluntario y abarque, por tanto, el usufructo universal, se plantea si puede o no padecer un perjuicio el tercero al que hace referencia el artículo 493 CC: “*El usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ello no resultarse perjuicio a nadie*”.

La cuestión que se plantea es hasta qué punto la dispensa voluntaria contenida en el testamento es válida, pese a que puede perjudicar a los herederos legitimarios del testador⁹⁷. También es discutible si cuando el testador dispensa de la obligación de prestar fianza, sólo hay una dispensa que abarca todo el usufructo universal o si coexiste la dispensa *ex lege* sobre el usufructo del tercio destinado a mejora con la dispensa *ex voluntate* sobre los otros dos tercios (legítima estricta y libre disposición). Esto es relevante porque la primera dispensa queda condicionada a que el cónyuge no contraiga ulterior matrimonio, mientras que la segunda sólo es válida si no genera perjuicio de tercero.

La duda es, pues, si habiendo una dispensa voluntaria sobre todo el usufructo universal, la invalidez que provoca el perjuicio de tercero, se proyecta sobre todo el usufructo (esto es, la voluntad del testador es soberana) o si se sustrae el tercio de mejora usufructuado, es decir, si opera la dispensa de fianza, siendo irrelevante que haya o no terceros legitimarios perjudicados (esto es, la norma que impone la exención de fianza es imperativa)⁹⁸.

Instituido un usufructo de dinero, los herederos legitimarios resultan beneficiados si se aplica la primera opción, pues si se entiende que son perjudicados por la dispensa voluntaria de fianza que recae sobre la totalidad del usufructo, esta eximición quedaría privada de validez, al menos por lo que respecta a lo que excede del usufructo sobre el tercio de mejora; afirmaciones éstas que, sustentadas por la doctrina, carecen, sin embargo, de respaldo jurisprudencial.

En todo caso, parece indubitado que el testador constituyente del usufructo no puede dispensar de la obligación de prestar fianza, si los legitimarios resultan perjudicados. Con ello se protege a los legitimarios descendientes respecto de dos tercios del caudal relicto (legítima larga) o, al menos, del tercio de legítima corta. Por esto, dice ALBALADEJO⁹⁹ que, si se dispensara de la obligación de prestar fianza al usufructuario de la parte que constituya la legítima, se proporciona al legitimario una protección debilitada de un derecho que la ley reconoce con un alcance cabal (inventario y fianza).

Ahora bien, dispensando el testador de la obligación de prestar fianza a su cónyuge usufructuario universal, los herederos legitimarios deben acreditar el perjuicio derivado de tal exención. La cuestión es si de la mera condición de legitimario se deduce ya el perjuicio en su cuota legitimaria derivado de la dispensa de fianza o si, por el contrario, se exige su estricta demostración. Tratándose de un usufructo de dinero, el perjuicio se contrae a que, en un futuro, los legitimarios puedan verse privados de su legítima por ser simultáneamente acreedores y deudores de sí mismos. Pero tal condición sólo la adquieren cuando el usufructo se extingue. Mientras su progenitor usufructuario universal viva, no hay perjuicio efectivo alguno, sino “hipotético, incierto o aleatorio”¹⁰⁰. Por lo que parece que la pretensión dirigida a que el viudo afiance, habiendo sido dispensado de tal obligación, difícilmente puede prosperar. Máxime cuando la ausencia de fianza no coarcta la adquisición inmediata del usufructo y su cumplimiento sólo puede exigirse judicialmente. El cónyuge viudo suele ostentar la posesión del dinero, por lo que, probablemente, la orden judicial de afianzamiento puede llegar cuando el dinero se haya esfumado ya.

5. EL VIUDO ARAGONÉS USUFRUCTUARIO DE DINERO: LA STSJ DE ARAGÓN DE 3 DE JULIO DE 2013

El artículo 299 CDFA dispone: *“El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”*. La norma regula el usufructo de dinero del cónyuge superviviente adjudicándole dos facultades diferenciadas, pues no sólo le otorga el derecho a la percepción de los intereses (*ius utendi*) generados por el dinero (consecuencia derivada de su naturaleza de usufructo como derecho real en cosa ajena), sino también la facultad de disposición del capital (*ius abutendi*), de la que nace la obligación restitutoria del valor actualizado del dinero dispuesto al tiempo de la extinción del usufructo.

Antes de introducirse la norma transcrita¹⁰¹, la práctica dominante partía de que el cónyuge superviviente-usufructuario tenía derecho a los intereses, de suerte que el capital, perteneciente a los herederos-nudos propietarios, debía mantenerse por aquél en su integridad¹⁰².

La introducción legal del *ius abutendi* (*ius disponendi*) ha supuesto un cambio muy relevante y ha solucionado los problemas que origina la doble titularidad de las cuentas corrientes, pues, ahora, se reconoce legalmente que el usufructuario puede disponer libremente del capital dejado por su cónyuge. Los conflictos que

podían surgir por la disposición del dinero o por los cambios de productos financieros han quedado solventados. Es más, según señala la doctrina más autorizada, el causante no puede prohibir ni limitar la disposición del numerario a usufructuar, ni predeterminar el destino concreto de los actos dispositivos del viudo, ni establecer la subrogación real de los bienes adquiridos por el supérstite a cambio del dinero usufructuado¹⁰³.

Pero, lo resuelto en principio por esta nueva regulación, se complica después: sólo cuando se extinga el usufructo, surgirá la obligación de restitución de la cantidad usufructuada¹⁰⁴. El otorgamiento de la facultad de disposición deja al nudo propietario en una situación incierta, condicionada a la “efectividad de una eventual fianza de exigencia dispensable”¹⁰⁵.

El viudo usufructuario aragonés ocupa una situación privilegiada¹⁰⁶, pues no tiene que prestar garantía para acceder a la posesión del dinero, diferenciándose así de lo que dispone el artículo 507 CC para el usufructo de créditos (*usufructus nominis*) y el artículo 561-33 CCCat para el usufructo de dinero (*usufructus nummi*). Si el primero fue el modelo del precepto catalán¹⁰⁷, éste ha sido el referente, pero, *a contrario*, del artículo 299 CDFA, pues el legislador aragonés ha optado por no exigir fianza en el supuesto concreto del usufructo viudal de dinero, como tampoco la impone, para el usufructo navarro de viudedad (llamado *de fidelidad* hasta 2019), la ley 264.4 (dispensa legal de fianza) del Fuero Nuevo¹⁰⁸. Además, el viudo usufructuario aragonés puede elegir libremente el destino de dicho dinero, conservándolo o disponiendo como considere (consumo, préstamo, inversión, donación) sin necesidad de consentimiento de los nudos propietarios.

La devolución del dinero se producirá con la obliteración del usufructo, la cual puede tener lugar por cualquiera de las causas que enumera el artículo 301 CDFA (por renuncia; por nuevo matrimonio o vida marital estable; por corromper o abandonar a los hijos; por incumplir, con negligencia grave, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad; por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge), pero la más común es por muerte del usufructuario, lo que implica que el dinero debe restituirse por sus herederos, quienes, a su vez, son los titulares de la nuda propiedad; y esta autorrestitución de las cantidades dispuestas por su progenitor supone la extinción por confusión. La exigencia de restitución, por tanto, sólo tiene lugar si los herederos de los cónyuges no son los mismos o cuando el dinero hubiera sido atribuido por el causante, por herencia o legado, sólo a alguno de ellos¹⁰⁹. Pero, como se ha señalado¹¹⁰, si no hay identidad entre los herederos del primer cónyuge fallecido y los del cónyuge superviviente fallecido después, las dificultades pueden ser aún mayores, pues las cantidades de las que dispuso éste deben restituirlas sus herederos a los herederos del primero; y, en el caso de existir más deudas que bienes en la herencia, la limitación de la responsabilidad característica de este Derecho foral (art. 355 CDFA), implica que tales cantidades nunca serán objeto de restitución. La regulación aragonesa pone de manifiesto, por tanto, que el precepto señalado se inspira en el caso más frecuente de extinción de la obligación de restitución por fallecimiento y confusión, lo que demuestra que persigue la tutela del viudo.

Los conflictos pueden surgir, particularmente, cuando la finalidad familiar de la viudedad aragonesa y la continuidad en un *status* similar al existente en la vida del cónyuge premuerto no sean los propósitos seguidos por el consorte usufructuario

al disponer libremente del dinero¹¹¹. De hecho, el cónyuge supérstite no tiene ninguna limitación para disponer del capital, pues puede hacerlo para satisfacer sus necesidades ordinarias (alimentos) o extraordinarias (viajar), para atenciones no personales (donaciones a terceros) o para adquirir bienes (inmuebles, joyas, obras de arte, valores)¹¹². Por esto, la doctrina¹¹³ propone asegurar de algún modo la restitución de las cantidades usufructuadas porque el viudo, en Aragón, no está constreñido a prestar fianza para entrar en el goce del dinero. Es más, aun cuando los nudos propietarios pretendieran obligarle a prestar fianza, el cónyuge premuerto pudo haber dispuesto lo contrario, tal como establece el artículo 285 CDF¹¹⁴.

Tal fue la pretensión resuelta por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de julio de 2013, pues habiendo fallecido el testador, casado en segundas nupcias, los descendientes del primer matrimonio demandaron a la viuda para que se la condenara a prestar fianza con el propósito de salvaguardar su nuda propiedad; y, en caso de no hacerlo, se obrara conforme al artículo 494 CC, de suerte que les entregara el importe de la herencia para administrarla e invertirla en un depósito a plazo en una entidad de ahorro, figurando los demandantes como titulares, con obligación de entregar a la usufructuaria el interés producido. El fondo del asunto residía en la cuantía de la fianza, pues, de acuerdo con lo establecido en la STS de 4 de julio de 2006 (Pte.: Salas Carceller), en un caso de usufructo sobre bienes muebles e inmuebles, debe estar en relación con el valor de los bienes usufructuados y no con el valor atribuido al usufructo. Se discutía, así, si debía garantizarse con aval bancario la cantidad de 120.000 € sobre los que recaía el usufructo o solo 6.000 €, cantidad en la que se valoraba el usufructo, pues la usufructuaria alegaba que la exigencia de la primera garantía equivalía a desposeerla del usufructo de dinero que, conforme a la legislación aragonesa, le permite disponer del él. El Tribunal concluye que “[...] ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe del capital disponible [...]” (FD 4.^o). No obstante, la sentencia reconoce el carácter particularmente gravoso de la fianza confirmada y se muestra favorable a la exploración de otras fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo: *“Pueden ser exploradas fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo, como incluso propuso subsidiariamente la parte demandante en los términos previstos en el párrafo tercero del art. 494 CC para el supuesto de no prestar la fianza el usufructuario, mediante la retención del dinero por el nudo propietario con la obligación de entregar al usufructuario su producto, aunque ello no evita la indisponibilidad para el usufructuario. También la transformación del usufructo (art. 291 CDF) y, en definitiva, cualquier otra fórmula que permita conjugar los intereses de ambas partes, pues no es obligada ninguna modalidad concreta de afianzamiento”*¹¹⁵.

En esta línea, se propone, *de lege ferenda*, introducir el mecanismo de la subrogación real, de suerte que, al fallecimiento del usufructuario, los bienes obtenidos por las transmisiones onerosas del dinero usufructuado y dispuesto ocuparían su lugar para pasar a los herederos¹¹⁶.

6. POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A LOS EFECTOS INDESEADOS

Los hijos o descendientes comunes pueden verse privados (total o parcialmente) de la legítima que les corresponde si su progenitor fallecido instituye a su

cónyuge usufructuario universal en virtud de una cautela sociniana y el usufructo está integrado en su mayor parte por dinero. Sólo quienes opten por recibir su legítima estricta se aseguran recibir ésta en su integridad. Si los hijos aceptan el usufructo universal a favor del progenitor sobreviviente, pueden perder su legítima, sin necesidad de mala fe ni “artificiosos subterfugios defraudatorios”¹¹⁷.

Para el Derecho común, esta anomalía derivada del efecto extintivo de la obligación restitutoria en el usufructo universal del cónyuge viudo, no ha sido particularmente destacada, salvo la notable excepción, ya señalada, de DEL CARPIO FIESTAS. En cambio, para el Derecho aragonés, acusan este resultado paradójico MERINO HERNÁNDEZ¹¹⁸ y HERNÁNDEZ GARCÍA¹¹⁹, si bien en esta regulación cabe que los nudos propietarios le exijan al cónyuge viudo la prestación de fianza para asegurar su posición frente a la disposición del dinero, pero, eso sí, no debe existir disposición contraria del premuerto, pues, en tal caso, no cabe dicha solicitud, pues como señala el segundo autor: “por esta vía habrá podido alterar materialmente la regulación legal en cuanto a las legítimas establecida en la normativa de sucesiones aragonesas, ya que podrá situar en el patrimonio de su cónyuge, vía usufructo más capacidad de disposición, una porción del caudal hereditario que la ley sucesoria obligatoriamente impone debe entrar en el de los herederos legales, lo cual sucederá formalmente, pero no materialmente”.

Frente a estas consecuencias indeseadas, son varias las posibles soluciones. La del reparto de dinero usufructuado entre los nudos propietarios y el cónyuge usufructuario no es viable desde el momento en que no puede imponerse de forma unilateral, sino que requiere acuerdo de ambas partes. Podría plantearse el remedio característico de los usufructos conflictivos, que es la de la conmutación de la cuota usufructuaria por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo procediendo de común acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial (art. 839 CC). Aunque la iniciativa corresponde a los herederos, requiere la conformidad del cónyuge sobreviviente y, en su defecto, decisión judicial. Por esto, no parece que el usufructuario la reciba con satisfacción porque, además, ¿cómo calcular el valor de este usufructo?

En la práctica, está muy extendida la aplicación de la fórmula fiscal de valoración del usufructo vitalicio prevista para el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la cual atribuye al usufructo un porcentaje de valor sobre la propiedad plena que varía según la edad del usufructuario, de suerte que, a medida en que se incrementa la edad, disminuye el valor del usufructo. La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones dispone que en los usufructos vitalicios se estimará que el valor del usufructo es igual al 70% del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1% menos por cada año añadido, con el límite mínimo del 10% del valor total (art. 26 a)¹²⁰. Esta fórmula fiscal¹²¹ se aplica también para los cálculos del Derecho civil que, aunque no afecta a la sustantividad civil del derecho ni a la autonomía de las partes¹²², resulta bastante equilibrada. Ahora bien, tratándose de dinero, la aplicación de dicha fórmula perjudica al usufructuario pues su omnímoda facultad de disposición se ve mermada en cuanto que la cantidad recibida es inferior¹²³.

Las otras soluciones propuestas pasan, como hemos visto a lo largo del estudio, por la exigencia de fianza al viudo, la aplicación del artículo 494 CC (inversión

en valores seguros; retención por el propietario del dinero como administrador con entrega de intereses), la aplicación del artículo 507 CC (poner a interés el capital para mantener su integridad) o del artículo 520 CC (entrega del dinero al propietario con liquidación de los intereses al usufructuario). Sin embargo, mientras una nueva regulación no comprometa la solución pertinente, dirimiendo de modo equilibrado los intereses encontrados¹²⁴, lo más adecuado sería no aplicar el régimen del cuasiusufructo, por problemático, sino acudir al régimen general del usufructo ordinario, que concedería al usufructuario la única facultad de obtener los frutos, sin poder disponer del dinero, en consonancia con lo que acogen, aisladamente, algunas Audiencias Provinciales¹²⁵. Pero, de mantenerse como cuasiusufructo, la ruptura de la conservación del bien usufructuado (*salva rerum substantia*) se debe introducir sin que puedan usurparse las legítimas de los herederos nudos propietarios, poniendo coto a un estricto fraude de ley que se produce cuando la disposición del bien usufructuado (el dinero), consentida por la ley (ley de cobertura) impide la aplicación de la ley imperativa atinente a las legítimas hereditarias (ley defraudada).

IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 9 de junio de 1948
- STS de 19 de enero de 1962
- STS de 20 de julio de 1989
- STS de 31 de julio de 1998
- STS de 10 de julio de 2003
- STS de 4 de julio de 2006
- STS de 19 de octubre de 2009
- STS de 27 de mayo de 2010
- STS 13 de marzo de 2014
- STS de 5 de diciembre de 2018

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2003
- STSJ de Aragón de 3 de julio de 2013

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Teruel (Secc. 1.^a) de 21 de enero de 2000
- SAP de León (Secc. 2.^a) de 10 de febrero de 2000
- SAP de Huesca (Secc. 1.^a) de 21 de marzo de 2000
- SAP de Cantabria (Secc. 2.^a) de 8 de febrero de 2002
- SAP de Burgos (Secc. 3.^a) de 19 de junio de 2002
- SAP de Valencia (Secc. 11.^a) de 10 de noviembre de 2005
- SAP de Valencia (Secc. 7.^a) de 14 de julio de 2006
- SAP de Burgos (Secc. 2.^a) de 24 de septiembre de 2007

- SAP de Mallorca (Secc. 3.^a) de 31 de marzo de 2009
- SAP de Asturias (Secc. 4.^a) de 29 de enero de 2014
- SAP de Asturias (Secc. 6.^a) de 20 de junio de 2016
- SAP de Jaén (Secc. 1.^a) de 20 de septiembre de 2017
- SAP de Valencia (Secc. 8.^a) de 29 de enero de 2018
- SAP de Murcia (Secc. 5.^a, sede Cartagena) de 13 de marzo de 2018
- SAP de Granada (Secc. 4.^a) de 23 de marzo de 2018
- SAP de Madrid (Secc. 9.^a) de 18 de julio de 2018
- SAP de Orense (Secc. 1.^a) de 28 de diciembre de 2018
- SAP de Málaga (Secc. 5.^a) de 29 de marzo de 2019
- SAP de Granada (Secc. 4.^a) de 10 de noviembre de 2021
- SAP de Cuenca (Secc. 1.^a) de 27 de septiembre de 2022

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN TORRES, C. (2007). El usufructo de dinero o de participaciones en fondos de inversión. *Ponencia a las XIV Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*, En línea: <http://hdl.handle.net/10256/11114>.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). El cuasiusufructo. En J. Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia: Universitat de València, pp. 3-8.
- (2010). *Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, 11.^a edic., revisada y puesta al día por E. Cordero Lobato. Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2005). *Curso de Derecho Civil, T. I, Curso de Derechos Reales*, vol. I, *Propiedad y Derechos Reales*, Granada: Comares.
- ARREGUI GIL, J. (2002). Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra. En M. Albaladejo García/S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXVIII, vol. 1.º, Madrid: Edersa, pp. 277-282 y 292-300.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2020). Comentario a las leyes 408 a 410 de la Compilación Navarra. En E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil de Navarra*. 2.^a edic., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1710-1724.
- BELUCHE RINCÓN, I. (1996). *La relación obligatoria de usufructo*. Madrid: Civitas.
- BIESA HERNÁNDEZ, M. C. (2014). Fianza y usufructo aragonés de dinero del cónyuge supérstite del bínubo premuerto. Comentario de la Sentencia del TS-JADE de 3 de julio de 2013, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año XX, pp. 239-271.
- BONET CORREA, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid: Civitas.
- BORREL MACIÁ, A. (1949). Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo, *RDP*, t. XXXIII, pp. 1064-1090.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2003). Reflexiones sobre la cautela Socini, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Madrid: Civitas, pp. 5141-5157.

- (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela Socini*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTIÑEIRA CARNICERO, R. (2017). Comentario al artículo 561-33 del Código Civil Catalán, en *Derechos Reales de Cataluña. Comentarios al Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*, T. I., Atelier: Barcelona, pp. 965-970.
- DEL CARPIO FIESTAS, V. (2009), Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, pp. 1103-1157.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2018). Comentario al artículo 561-33 del Código Civil Catalán, en *Derechos Reales. Comentario al Libro V del Código Civil de Cataluña*, t. II, Barcelona: Bosch, pp. 1310-1316.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A (1992). Comentario al artículo 482 CC, en M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VII-1. Madrid: Edersa, pp. 200-219.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 5.ª edic., Madrid: Tecnos.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M. T. (2020). La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual, *RCDI*, núm. 781, pp. 2583-2619.
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario al artículo 497 CC, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 1324-1327.
- GARCÍA PÉREZ, C. L. (2001), Comentario a los artículos 481 y 482 CC. En J. Rams Albesa y R. M. Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, vol. III, Barcelona: J. M. Bosch Editor, pp. 738-747.
- (2016). Usufructo de cosas materiales. En A. Leciñena Ibarra, *Tratado de usufructo*, Las Rozas: La Ley, pp. 667-770.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1981), *El usufructo de acciones (Aspectos civiles)*, Madrid: Edersa.
- GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY, P. y MONTALBÁN HERRANZ, J. M. (1881). *Elementos de Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. I, 13.ª edic., Madrid: Librería de Gabriel Sánchez.
- GÓMEZ TABOADA, J. (2012). *Práctica notarial y civil*, Valladolid: Lex Nova.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (1999), *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2003). El usufructo de dinero (comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad), *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año 7-8, 2001-2002, pp. 227-232.
- JORDANO BAREÁ, J. B. (1948). *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, ADC, 1948, pp. 981-1023.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii (2001). *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, edición revisada y puesta al día por A. Luna Serrano, Madrid: Dykinson.
- LATOUR BROTONS, J. (1956). Estudio del usufructo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 340-341, 585-636.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (1991), Comentario al artículo 482 CC, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 1291-1294.

- MARCOS CASQUERO, M. A. (2005). Pecunia. Historia de un vocablo, *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales (Universidad de León)*, 1, 1-12.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). “*Quo legitima tangitur*”. *La intangibilidad cualitativa de la legítima*, Discurso leído el día 15 de diciembre de 2014 en el acto de su recepción como Académico de Número, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. (2002). Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos, *Anuario de Derecho Civil*, T. LV, fasc. 2, abril-junio, pp. 659-710.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (2008). Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (Usufructo de dinero), *Actas de los decimoctavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, pp. 197-208.
- MOLLÁ NEBOT, M. A. S. (2014). Significado de “*nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*” y usufructo de dinero, en *Revista General de Derecho Romano*, 22. En línea: www.iustel.com.
- (2016), *Usufructo de pecunia: aplicación a los fondos de inversión desde la ley de jurisdicción voluntaria*, Madrid: Dykinson.
- (2021), Usufructo de dinero y su adecuación en el Código Civil, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 54, en.-abril, edición electrónica.
- MONTSERRAT VALERO, A. (1992). El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras, *Actualidad Civil*, núm. 28, 13-19 julio 1992, 421-441.
- NAVARRO CASTRO, M. (2001), Comentario al artículo 507 CC, en J. Rams Albesa (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. III, Barcelona: José María Bosch Editor, pp. 817-819.
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2017). La familia en el Derecho Civil de Aragón. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos forales*, 2.ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 829-1085.
- POLO TORIBIO, G. (2021), Un breve apunte sobre la edad como base para la valoración del legado de usufructo vitalicio (Barcelona, 2017). En J. García Sánchez, *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. 8, *Derecho de Sucesiones*, Madrid: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano/BOE, pp. 1851-1852.
- PUIG BRUTAU, J. (1979) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, Barcelona: Bosch.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o Socini* y el artículo 820.3.º del Código Civil, Madrid: Dykinson.
- RAMÓN PINTADO, T. y LOZANO GUTIÉRREZ, M. C. (2002). *El usufructo de dinero en algunas operaciones financieras*. En línea: <https://repositorio.upct.es/handle/10317/818>.
- REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid: Montecorvo.
- RIVERA SABATÉS, V. (2006). En torno a la noción de cosas consumibles, inconsumibles y deteriorables, *RDP*, nov.-dic., pp. 111-124.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2010). *El usufructo*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

- (1991). El usufructo en los derechos forales y especiales. En J. L. LACRUZ y otros, *Derechos Reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª edic., Barcelona: J. M. Bosch, pp. 100-106.
- ROMERO COLOMA, A. M. (1997). Análisis y valoración del usufructo vidual y la cláusula de la opción compensatoria de la legítima, *RCDI*, núm. 642, pp. 1777-1790.
- TORRELLES TORREA, E. (2000). *El usufructo de cosas consumibles*. Madrid: Marcial Pons.
- (2010), Comentario al artículo 482 CC. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 606-608.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima, *ADC*, 1963, fasc. 2., pp. 281-344.

NOTAS

¹ MOLLÁ NEBOT, M. A. (2015), *Usufructo de pecunia: aplicación a los fondos de inversión desde la ley de jurisdicción voluntaria*, Madrid: Dykinson.

² Con la excepción del trabajo de MONTSERRAT VALERO, A. (1992), El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras, *Actualidad Civil*, núm. 28, 13-19 julio 1992, 421-441.

³ De hecho, TORRELLES TORREA (2000, 325-329), por ejemplo, le dedica apenas 4 páginas en su excelente monografía.

⁴ Lo admite la STS de 19 de octubre de 2009 (Pte.: O'Callaghan Muñoz) que declara que "[e]l usufructo de dinero de que era titular el causante se extinguió con su muerte (art. 513.1.º CC) y la cantidad usufructuada era propiedad, como nuda propiedad, de los hijos", de suerte que, a su muerte, "se consolidó con la propiedad y ésta, no ya nuda, sino plena, quedó como titularidad de los hijos", por lo que queda fuera del contenido de la herencia y no debe incluirse en la partición. En general, son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de resolver conflictos relativos al usufructo de cosas consumibles y las que hay tampoco revisten un particular interés: SSTS de 19 de enero de 1962 (Pte.: Bonet Ramón); de 20 de julio de 1989 (Pte: López Vilas), de 31 de julio de 1998 (Pte.: Sierra Gil de la Cuesta) y de 13 de marzo de 2014 (Pte.: Salas Carceller).

⁵ Como puede observarse en las que menciona la SAP de Granada (Secc. 4.ª), de 10 de noviembre de 2021. Entre ellas, la SAP de Palma de Mallorca (Secc. 3.ª), de 31 de marzo de 2009, reconoce la facultad de enajenar una finca indivisible, transformándose el derecho del usufructo de la mitad en un usufructo de dinero.

⁶ Aranzadi núm. 1682, 1965.

⁷ Este Acuerdo es citado por varios autores, señalando equivocadamente que se trata de una sentencia del Tribunal Supremo, lo cual revela la inexistencia de jurisprudencia al respecto (al menos en el momento en que ellos lo citaron). Así DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1980, 218; MALUQUER DE MOTES, 1991, 1292; MERINO HERNÁNDEZ, 2009, 197. Y, aunque señala que es un acuerdo, lo califica de jurisprudencia TORRELLES TORREA (2000, 200).

⁸ *Pecunia numerata* (también *pecunia nummerata*) (dinero contado, dinero contante) procede de *pecunia* (moneda, del latín *pecus*, ganado), concepto que tiene su origen en la arcaica Roma donde el incipiente comercio se hacía a base del trueque o intercambio en el que ovejas, bueyes o cerdos servían como medio de pago (MARCOS CASQUERO, 2005, 1-12) y de *numerata* (contada). Se opone al dinero que se pesa (barras de plata u oro). *Nummerata pecunia* (usufructo sobre suma de dinero) es la terminología preferida por MOLLÁ NEBOT (2015, 108), pues —dice— aunque se emplea también la de usufructo de pecunia, *pecunia* alude más bien a "valor pecuniario" para el intercambio.

A su vez, hoy se habla de *usufructo de dinero*: la palabra latina *denarius designaba* una pequeña moneda romana de plata que originariamente valía diez ases (*denarius* significa que contiene diez). La palabra sufrió un proceso de *generalización semántica*, pues pasó a utilizarse genéricamente para moneda y después también adquirió el significado más abstracto de dinero. De esta misma palabra proviene el *dinar*, unidad monetaria tradicional en varios países islámicos.

⁹ MOLLÁ NEBOT (2014, 12; 2015, 108-117).

¹⁰ Art. 482 CC: "Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumir las, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo".

Para el Derecho navarro, lo sostiene BARBER CÁRCAMO (2020, 1723), al incluirlo en la ley 410 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. No lo menciona, en cambio, ARREGUI GIL, 2002, 292-296.

¹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 700.

¹² Al dinero se asimilan los activos financieros en el sentido del apartado 2 de dicho artículo: “Si el legado no se refiere específicamente al dinero sino a los activos depositados en una determinada entidad, se entiende que incluye, además de los depósitos de dinero, todos los activos financieros inmediatamente liquidables que pertenezcan al causante en el momento de abrirse la sucesión, salvo las acciones que coticen en mercados secundarios oficiales de valores”. Véase la STSJ de Cataluña, de 24 de noviembre de 2003, que incluye en el legado al cónyuge de “todo el dinero que pudiera tener la testadora a su nombre (...) en libretas de ahorro, cuentas corrientes o depósitos, en cualesquiera Cajas de Ahorros y Bancos”, los fondos de inversión en que invirtió después la testadora.

¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 700.

¹⁴ BONET CORREA, 1981, 237-242.

¹⁵ El Código Civil, confundiendo cosa fungible con cosa consumible dice en su artículo 337: “Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás”. Sobre el particular vide RIVERA SABATÉS, 2006.

¹⁶ 1981, 243.

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ (2010, 700). Es la distinción que recoge la ley 352 de la Compilación navarra cuando dispone: “Son consumibles aquellas cosas de las que no se puede hacer uso apropiado sin consumirlas de hecho o perder su propiedad”. Son las cosas consumibles por el primer uso, ya sea su consumo o su enajenación: para ellas el *ius utendi* carece de valor sin el *ius abutendi*. Si no se pueden consumir unos alimentos sólo pueden servir para su exhibición (*ad pompan vel ostentationem*). Las monedas o los billetes no sirven de nada si no pueden enajenarse (LACRUZ, 2001, 54).

En contra de este concepto, JORDANO BAREA (1948, 1003); en su opinión, las cosas utilizables mediante enajenación constituyen otra categoría distinta.

¹⁸ Art. 561-5. *Cuasiusufructo*.

“1. Si el usufructo recae, en todo o en parte, sobre bienes consumibles, deben restituirse bienes de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho.

2. Si el usufructo recae sobre dinero, se aplica, además de lo establecido por el apartado 1, lo establecido por el artículo 561-33”.

También parece considerarlo así el artículo 299 CDFA: “El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”.

¹⁹ Art. 587: “Si l’usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l’argent, les grains, les liqueurs, l’usufruitier a le droit de s’en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l’usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution”.

²⁰ 1992, 429-438.

²¹ Señala que en el usufructo de cosas consumibles se permite que el nudo propietario se convierta en un mero acreedor para que el usufructuario puede beneficiarse de las cosas mediante su consumo (destrucción); pero en el usufructo de dinero no es necesario que lo gaste, pues basta con que lo invierta. El usufructuario de una suma de dinero debe invertirlo para obtener los rendimientos del dinero que pertenece al nudo propietario. Destaca, además, que, en el Derecho comparado, es la solución que se acoge para el usufructo de un crédito que ha sido cobrado, pues se impone al usufructuario que ha obtenido la suma de dinero, la obligación de invertirlo, sin poderlo gastar (§ 1079 BGB, art. 1000 *Codice civile* o art. 1465 Código Civil portugués, aunque en este caso la interpretación es dudosa). De hecho, no hay razón, en su opinión, para considerar que el usufructo constituido sobre una suma de dinero es un cuasiusufructo y que el usufructo sobre la suma de dinero resultante de cobrar un crédito es un usufructo verdadero o propio. Tal como se ha afirmado tradicionalmente, no hay motivo, por tanto, para que, en el primer caso, la propiedad del dinero pase al usufructuario,

que podrá gastarlo o invertirlo, según quiera, con obligación de devolver la misma cantidad al final del usufructo; y, en el segundo, el nudo propietario sigue siendo propietario de la suma de dinero que el usufructuario no puede gastar, sino solo invertir.

²² Salvo MARTÍNEZ DE BEDOYA, 2002, 664. El propio autor cita a JORDANO BAREA (1948, 1002) para apoyar la exclusión del dinero del cuasiusufructo, pues considera que el dinero es una categoría independiente distinta de la de las cosas consumibles.

²³ 2016, 676.

²⁴ Por todos, ALBALADEJO, 2008, 4.

²⁵ Para el Derecho aragonés, pero aplicable al Derecho común, BIESA HERNÁNDEZ, 2014, 250. GARCÍA PÉREZ (2016, 678) considera que cuando el dinero está en cuentas corrientes, depósitos a plazo y otro tipo de productos financieros, el régimen que procede aplicar es el del usufructo de crédito (art. 507 CC en relación con los artículos 100 a 103 LJV). Lo estudia con detenimiento en las pp. 684, 685. No obstante, al final, se llega al mismo resultado si se estima que al usufructo de dinero entendido en sentido amplio procede aplicarle por analogía el artículo 507 CC, pensado para el usufructo sobre los derechos de crédito. En este sentido dice DEL CARPIO FIESTAS (2009, 1134) que “no parece apreciarse un tan trascendental cambio en la naturaleza jurídica del dinero en sí que justifique un resultado práctico tan distinto por el mero hecho de que el dinero se guarde en casa o en el banco en virtud de un [*sic*] u otro contrato bancario, en especial cuando se goza de manejo y disponibilidad inmediatos”; y añade que “muchos clientes de bancos se sorprenderían desagradablemente si se les informara de que el dinero ingresado en el banco ha dejado de ser de su propiedad para convertirse en un simple crédito”.

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 687. Otros títulos valores (acciones o participaciones de sociedades o fondos de inversión) que, aunque no son cosas consumibles en sentido estricto sí son fungibles, o bien cuentan con su propia regulación (como sucede en el Derecho catalán, art. 561-34 CCat.; o en el aragonés, art. 300 CDFa); o bien, como sucede en el Derecho común, pueden regirse por el artículo 482 CC (pues su aplicación no está prohibida, ni resulta complicada), ya sea por previsión en su título constitutivo o decisión voluntaria de las partes. Para GARCÍA PÉREZ (2016, 686-687), en cambio, al tratarse de productos de inversión que no tienen como fin el consumo, el usufructuario debe mantener el destino de la inversión, de forma que su disciplina es la del usufructo ordinario al que se aplica la previsión específica respecto de los intereses del artículo 475 CC. *Vide* también MARTÍNEZ DE BEDOYA, 2002, 663; GIL RODRÍGUEZ, 1981, 105. Cfr. SAP de Burgos (Secc. 2.^a), de 24 de septiembre de 2007, sobre un usufructo de una cuenta de valores, constituida por unos valores de renta variable compuestos por acciones cotizadas en bolsa; y por otros activos de renta fija con vencimiento preestablecido y periódico. La sentencia reconoce que no se pueden usar sin consumir, pero puesto que se trata de activos con periodos de vencimiento preestablecidos necesitan de su reinversión, para lo cual se deben vender y volver a comprar para mantener su objeto usufructuado conformado por el capital dinerario. En cambio, la SAP de Cuenca (Secc. 1.^a), de 27 de septiembre de 2022 —siguiendo lo declarado en la SAP de Valencia (Secc. 7.^a), de 14 de julio de 2006, respecto del usufructo de fondo de inversión— ordena la realización de todos los productos financieros para entregar su equivalente pecuniario a los usufructuarios.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 701. En tal caso, la mayor parte de las veces dichos intereses o rendimientos no podrán ser reclamados por el usufructuario, al no ser parte contractual, siendo recibidos a través del nudo propietario, frente a quien puede exigirlos. Sólo si el usufructuario es heredero del constituyente sí podrá recibirlos directamente.

²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 702.

²⁹ Lo destaca DEL CARPIO FIESTAS (2009, 1114).

³⁰ 2010, 702.

³¹ Como apoyo, el artículo 1551 del Código Civil portugués dispone: “*O usufruto de coisas consumíveis não importa transferência da propriedade para o usufrutuário*”.

³² Así lo considera también PARRA LUCÁN, 2017, 1074.

³³ Sentencia que menciona el fenómeno de la extinción de la obligación de restitución por confusión entre el crédito del nudo propietario contra la masa hereditaria del usufructuario si el dinero ya no existe en su patrimonio.

³⁴ Las estudia con profuso detenimiento DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1127-1139.

³⁵ No parece reconocer la facultad de disposición la SAP de Asturias (Secc. 4.^a) de 29 de enero de 2014, cuando afirma: “[...] *el usufructo vitalicio ordenado por el testador [...] a favor de su viuda, sobre el caudal relicto de su herencia, no autorizaría a entender válidamente realizada una disposición por ella de aquellos saldos [...]*”.

³⁶ Muy interesante es el caso resuelto por la SAP de Granada (Secc. 4.^a) de 10 de noviembre de 2021: quien siendo usufructuaria universal de la herencia de su cónyuge fallecido dispuso de todo el dinero para suscribir una póliza de seguro. Tras su fallecimiento, el capital es entregado a la beneficiaria de la póliza, declarando la sentencia el derecho de cada una de las hijas a reclamarle la parte que les había sido adjudicada en nuda propiedad en la escritura de herencia del padre.

³⁷ Pese al empleo del término fianza, cabe cualquier tipo de aseguramiento personal o real (por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 419 y 690; TORRELLES TORREA, 2000, 299-301; 2010, 607). Esta obligación rige aunque ya se esté en posesión de los bienes (GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., 1999, 339).

³⁸ Este artículo se completa con los artículos 100-103 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria que regulan la autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo.

³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 703. MONTSERRAT VALERO (1992, 427) no tiene ninguna duda respecto de la obligación del usufructuario de prestar fianza por aplicación de lo dispuesto en el artículo 494 CC. Sostiene su aplicación directa GARCÍA PÉREZ, 2016, 680.

⁴⁰ 2009, 1118, aunque dicha autora no lo ve aplicable *de lege data*, ni ha sido acogido por la doctrina.

⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 703; MONTSERRAT VALERO, 1992, 437.

⁴² Sin embargo, frente a esta opinión, hay quien considera que en el usufructo de crédito, incluso en este caso en que se ha prestado fianza, debe darse al capital un destino fructífero, conservando su integridad y sin transformarse en un cuasiusufructo del artículo 482 CC, sino en un usufructo ordinario (NAVARRO CASTRO, 2001, 818-819).

⁴³ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1116.

⁴⁴ Señala LATOUR BROTONS (1956, 627) que la falta de enumeración del dinero como objeto del usufructo y la perífrasis con que lo nombra en el artículo 494 CC llevó a la doctrina a afirmar que si se había prestado fianza, se estaba ante un usufructo ordinario y, si faltaba, ante un cuasiusufructo.

⁴⁵ Art. 520 CC: “*El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero, si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándole a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración*”.

En contra de su aplicación, RIVERO HERNÁNDEZ (2010, 684) afirma: “¿en qué consistiría el «mal uso» o el abuso de la cosa usufructuada en su relación con el nudo propietario, a quien no se le va a devolver?”.

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, 696 y 697. Añade que el derecho real que grava al dinero no quiebra los principios del usufructo ordinario, pues seguirá siendo un usufructo con la aplicación de la mayor parte de sus preceptos.

⁴⁷ 1980, 217-218.

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 705; MONTSERRAT VALERO, 1992, 437; DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1118.

⁴⁹ 1992, 434-435.

⁵⁰ MONTSERRAT VALERO, 1992, 435-436.

⁵¹ MONTSERRAT VALERO, 1992, 436.

⁵² RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 705.

⁵³ Para solucionar los problemas que la inflación pueden ocasionar en las operaciones financieras, vide las propuestas de RAMÓN PINTADO y LOZANO GUTIÉRREZ (2002).

⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 703.

⁵⁵ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1118.

⁵⁶ Como destaca BELUCHE RINCÓN, 1996, 102-103.

⁵⁷ Art. 494. 3 CC: *“También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se señale”*.

⁵⁸ DEL CARPIO FIESTAS (2009, 1116).

⁵⁹ Art. 353-4: *Usufructo de dinero: “1. En el usufructo de dinero el usufructuario hace suyos los intereses y demás rendimientos que produce el capital.*

2. Si el usufructuario ha prestado garantía suficiente, puede dar al capital el destino que estime conveniente. En caso contrario debe poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad”.

⁶⁰ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1118-1119; ALBALADEJO, 2010, 535.

⁶¹ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 706.

⁶² 2010, 706 y 693-695.

⁶³ También MONTSERRAT VALERO (1992, 428) entiende que, aplicado el artículo 482 CC al usufructo de dinero caben dos interpretaciones: o bien entender que el avalúo (estimación) viene automáticamente determinado y hay que restituir el nominal recibido; o bien entender que el artículo, al distinguir entre cosas estimadas y cosas no estimadas, se está refiriendo al problema de la oscilación del precio de las cosas a la hora de fijar la suma de dinero a entregar al nudo propietario y, por tanto, nada impide que la valoración estimada al inicio del usufructo se actualice al final del mismo. En todo caso, añade que queda la duda de si al usufructuario de una deuda de dinero hay que aplicarle este artículo o considerarlo, simplemente, como un deudor de una suma de dinero y, por tanto, de cantidad y no de valor.

⁶⁴ En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2005, 150) sostiene: *“El pago del avalúo tenía su sentido en una economía de valor dinerario estable, pero en una economía inflacionista deberá restituirse con criterios valoristas”*.

⁶⁵ Considera que la restitución del precio corriente es deuda de valor, pero no la deuda de estimación, TORRELLES TORREA, 2000, 318-325.

⁶⁶ Precisamente, este artículo fue modificado por Ley núm. 60-464 de 17 de mayo de 1960, para solventar las dudas interpretativas que ocasionaba la versión anterior, pues no aclaraba el momento en que las cosas debían de ser valoradas: si en el de la constitución o en el de la extinción del usufructo. El artículo rezaba: *“Si l’usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l’argent, les grains, les liqueurs, l’usufruitier a le droit de s’en servir, mais à la charge d’en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l’usufruit”*. Además, de que —como señala PUIG BRUTAU (1979, 366)— establecía dos obligaciones colocadas en un mismo plano de preferencia y, por tanto, una obligación alternativa, que también suscitaba dudas interpretativas.

⁶⁷ 2010, 706.

⁶⁸ 2007, 3.

⁶⁹ 2009, 1122.

⁷⁰ 1992, 429.

⁷¹ TORRELLES TORREA, 2000, 326. Aunque la misma autora no incorpora tal principio valorista en la redacción de su autoría del artículo 353-4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁷² TORRELLES TORREA, 2000, 328.

⁷³ También la destaca GARCÍA PÉREZ (2016, 699-700).

⁷⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2003), El usufructo de dinero (comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad), *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año 7-8, 2001-2002, pp. 227-232; y BIESA HERNÁNDEZ, M. C. (2014), Fianza y usufructo

aragonés de dinero del cónyuge superviviente del bñubo premuerto. Comentario de la Sentencia del TSJADE de 3 de julio de 2013, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año XX, pp. 239-271.

⁷⁵ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1104.

⁷⁶ Doctrinalmente se conoce con toda esta nomenclatura. Sin embargo, la doctrina que la ha estudiado en profundidad se ha preocupado de distinguir las distintas cautelas de compensación legitimaria pues, históricamente, son cláusulas distintas. Se diferencian así la *cautela Angeli* o *perusina* (de Angelo degli Ubaldi) del s. XIV, la *cautela Cumani* (de Raphael de Raymundis, conocido como Cumanus o Comensen) del s. XV, la *cautela Durantis* o *Gualdensis* (de Johannes Dilectus Durantes, “El Gualdense”), la *cautela Socini* (de Mariano Socino junior o “el joven”) y el *casus Decii* (caso dictaminado por Philipus Decius) del s. XVI. Vide REAL PÉREZ (1988, 224-231); RAGEL SÁNCHEZ (2004, 123-27); y, especialmente, VALLET DE GOYTISOLO (1963, 287-293), con gran erudición y precisión de fuentes. El dictamen de Mariano Socino y el de Felipe Decio resolvieron el siguiente caso: *el noble florentino Nicolás Antenoreo (Nicolaus Antenoreus) instituyó herederos a sus hijos Alexandro y Camilo; y a su hijo Juan Bautista, le legó varios bienes cuyo valor era notablemente superior a su legítima, pero gravándole con un fideicomiso “si sine liberis masculis decederit”, a favor de sus hermanos supervivientes. Si Juan Bautista no estuviere conforme con esta disposición, se entendería privado de dicho legado e instituido únicamente en su porción legitimaria.* Aceptado el legado y fallecido sin hijos, los hermanos reclamaron a sus herederos la restitución de los bienes legados, quienes pretendían detraer la legítima, encontrando una respuesta negativa por parte de los juristas, dotando de plena eficacia a la cláusula puesta por el testador.

En todo caso, resulta interesante destacar que el último autor citado (291) pone de relieve cómo entre los autores castellanos del siglo XVI, Rodrigo Suárez, antes de publicarse en Italia el dictamen de Socino, ya había aceptado la eficacia de la disposición expresa que impusiera al hijo instituido heredero universal, la elección entre aceptar su sujeción al mayorazgo dispuesto por el testador o contentarse con su legítima estricta, pura, sin gravamen ni limitación.

⁷⁷ La cursiva es mía. RAGEL SÁNCHEZ (2004, 119). Sobre esta cláusula, la amplitud de su concepto y la más reciente jurisprudencia, vide ECHEVARRÍA DE RADA, 2020. También las obras de CABEZUELO ARENAS (2002, 2003).

⁷⁸ ROMERO COLOMA, 1997, 1779 y 1788.

⁷⁹ 2014, 118-119.

⁸⁰ Extraídas de GÓMEZ TABOADA, 2012, 267; y ROMERO COLOMA, 1997, 1788.

⁸¹ En prácticamente todos los patrimonios hereditarios hay dinero que constituye objeto del usufructo viudal junto con el resto de los bienes que integran el caudal relicto. No es común que todo el patrimonio hereditario esté integrado por dinero, pero sí que, junto a la eventualidad de encontrarlo en metálico, también se halle en cuentas bancarias.

⁸² DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1109, 1119.

⁸³ 2002, 662-665.

⁸⁴ 1992, 439-441.

⁸⁵ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1107.

⁸⁶ 2009, 1107.

⁸⁷ 1992, 421.

⁸⁸ Pero —añade— no hay en el Código Civil ningún artículo que les conceda a ninguno de los dos la facultad de exigir unilateralmente dicha cantidad, pese a que en el terreno de los principios podría sostenerse que ese espíritu se encuentra en la letra del Código Civil cuando contempla situaciones en las que concurren sobre una cosa los derechos de varias personas (arts. 400, 513, 787, 515).

⁸⁹ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1107-1108.

⁹⁰ Siendo irrelevante la mala fe, pues —señala— en cualquier caso los legitimarios carecen de medio alguno para protegerse frente a lo que se genera por la mera aplicación de la ley.

⁹¹ TORRELLES TORREA, 2000, 270.

⁹² DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1143.

⁹³ ALBALADEJO, 2010, 535; DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1980, 218.

⁹⁴ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1143-1144.

⁹⁵ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1144.

⁹⁶ 2009, 1145.

⁹⁷ Que los legitimarios pueden ser terceros perjudicados lo señalan DORAL GARCÍA DE PAZOS, 1980, 303; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1977, 397.

⁹⁸ Pues, como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1977, 397), "aquí el título constitutivo es la propia ley y ella es la que hace la dispensa".

⁹⁹ 2010, 491-492 (nota 7). Con cita de la STS de 9 de junio de 1948 (Pte.: Charrín y Martín Veña), que reconoce la facultad de dispensar de la obligación de prestar fianza al cónyuge usufructuario, "*aunque con esto pudiera dejar sin garantía los derechos que con completa liberalidad concede el mismo testador a otros herederos que no son legitimarios*".

¹⁰⁰ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1149.

¹⁰¹ Que tiene su origen en la derogada Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de 2003 (art. 117).

¹⁰² BIESA HERNÁNDEZ (2014, 244) y MERINO HERNÁNDEZ (2009, 201), quien explica que en la práctica bancaria en las cuentas figuraban ambas partes, con especificación de que el primero sólo tenía derecho a los intereses (transferidos en la práctica a una cuenta distinta a nombre sólo del usufructuario, para evitar la confusión con el capital) y de que la disposición del capital exigía la actuación conjunta de todos. En su opinión, en la actualidad (206) la cuenta bancaria debería tener un titular formal único, el usufructuario, pues sólo él tiene la facultad de disponer de las cuentas; y cuando se extinga, los herederos nudos propietarios podrán solicitar que se titularicen a su favor.

¹⁰³ MERINO HERNÁNDEZ, 2009, 203.

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, 2002, 229.

¹⁰⁵ BIESA HERNÁNDEZ, 2014, 245.

¹⁰⁶ BIESA HERNÁNDEZ, 2014, 246.

¹⁰⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, 2010, 703, nota 88.

¹⁰⁸ BIESA HERNÁNDEZ, 2014, 245.

¹⁰⁹ MERINO HERNÁNDEZ, 2009, 207; PARRA LUCÁN, 2017, 1075.

¹¹⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, 2002, 229.

¹¹¹ Planteándose BIESA HERNÁNDEZ (2014, 247, nota 10) la eventual aplicación supletoria del artículo 497 CC ("*El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia*") para tales casos; y concluyendo, que aunque, en principio, el *favor viuditatis* del Derecho aragonés obliga a favor de la interpretación que proponga una mayor extensión a la viudedad con la consiguiente facultad de gastar el dinero como desee, en cambio, una interpretación sistemática y finalista de la norma, presidida por la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa, justificarían la aplicación del precepto señalado en el sentido de restringir su libertad estando obligado a conservar el dinero. Sigue la autora a GARCÍA CANTERO (1991, 1326), que considera aplicable el artículo 497 CC al usufructo de dinero.

¹¹² MERINO HERNÁNDEZ, 2009, 207.

¹¹³ HERNÁNDEZ GARCÍA, 2002, 230.

¹¹⁴ Art. 285: Inventario y fianza. *El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:*

a) *Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.*

b) *Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto.*

c) *Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario*".

¹¹⁵ Las estudia en su comentario a la sentencia BIESA HERNÁNDEZ (2014, 257-266) y destaca, entre otras, la *adecuación dinámica de la garantía al usufructo* (260) que expone LACRUZ (2001, 16): "La garantía se deberá mantener al nivel preciso para cubrir las respon-

sabilidades del usufructuario mientras dure el usufructo, y, por tanto, aumentarse o disminuirse a tenor del aumento o disminución de tales responsabilidades, o si disminuye o crece el valor de los bienes dados en garantía, o cuando disminuye la solvencia del fiador personal”.

¹¹⁶ MERINO HERNÁNDEZ, 2009, 208-209. BIESA HERNÁNDEZ (2014, 265) propone que nudo propietario y usufructuario la acuerden para conciliar sus intereses.

¹¹⁷ DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1151.

¹¹⁸ 2009, 207, quien considera que las atribuciones al cónyuge viudo pueden resultar excesivas pues los hijos pueden ver disipados sus derechos legitimarios.

¹¹⁹ 2001, 230. También por BIESA HERNÁNDEZ (2014, 247).

¹²⁰ Esto se traduce en restar a 89 (minuyendo) la edad del usufructuario (sustraendo) y ese resultado final (porcentaje) es el que se aplica al valor de la propiedad. Así, si el usufructuario tiene 32 años y el valor de la propiedad es 150.000 €, se calcula $89-32=57$; y este 57% se multiplica por 150.000 €, siendo el valor del usufructo 85.500 €. Esto sin olvidar que el valor mínimo del usufructo es de un 10% y el máximo de un 70%.

¹²¹ Cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, como puede leerse en POLO TORIBIO, 2021, 1851-1852.

¹²² Que la normativa fiscal no se impone a la consideración civil del valor de la nuda propiedad y el usufructo lo aclaran MONTSERRAT VALERO (1992, 422) y DEL CARPIO FIESTAS (2009, 1152).

¹²³ Así, si se tratara de una persona de avanzada edad, de considerarlo propietario de todo el dinero (o al menos, con facultades dispositivas plenas sobre tal cantidad que pertenece en rigor a otro), podría valorarse su usufructo y, por ende, la cantidad entregada en una no inferior al 10%.

¹²⁴ Para la cual podría tomarse como modelo la legislación catalana de la derogada Ley 13/2000 (DEL CARPIO FIESTAS, 2009, 1155). Se señala, en este sentido, que ya no es suficiente adecuar la nomenclatura de la figura en estudio, sino una auténtica reforma de adecuación del derecho real de usufructo de dinero y de créditos (MOLLÁ NEBOT, 2021, 16).

¹²⁵ GARCÍA PÉREZ (2016, 700). También NAVARRO CASTRO (2001, 818-819), aunque predicado del usufructo de créditos.

1.5. Obligaciones y contratos

El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo

The control of the arrangement fee according to the doctrine of the TJUE and the Supreme Court

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a Profesora Titular de Universidad)
Universidad de La Rioja

RESUMEN: El control de la comisión de apertura ha contado con varios capítulos dentro de la doctrina del Tribunal Supremo y del TJUE: la STS de 23 de enero de 2019, la STJUE de 16 de julio de 2020, la posterior STJUE de 16 de marzo de 2023 y la reciente STS de 29 de mayo de 2023, que ya ha tenido reflejo y contraposición en diversas resoluciones de Audiencias Provinciales. En este trabajo se analizan y comentan todas estas sentencias, examinando los controles que el juez debe aplicar respecto de esta comisión, los criterios y aspectos a tener en cuenta para ese control y concluyendo que pese a todo la controversia aún no está totalmente zanjada. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de apertura; aparte del efectivo desarrollo por el juez del llamado «juicio de razonabilidad».

ABSTRACT: *The control of the arrangement fee has had several chapters within the doctrine of the Supreme Court and the CJUE: the STS of January 23, 2019, the SCJUE of July 16, 2020, the subsequent SCJUE of March 16, 2023 and the recent STS of May 29, 2023, which has already been reflected and opposed in various resolutions of Provincial Courts. In this paper, all these sentences are analyzed and commented, examining the controls that the judge must apply with respect to this commission, the criteria and aspects to be taken into account for that control and concluding that despite everything the controversy is still not completely settled. In fact, it is maintained especially in the aspect that was fundamentally the most controversial among our courts, that is, the effective proof of the services provided and that are intended to be*

remunerated with the arrangement fee; apart from the effective development by the judge of the so-called „trial of reasonableness“.

PALABRAS CLAVE: comisión de apertura, consumidor, control, nulidad, préstamo, transparencia

KEY WORDS: *arrangement fee, consumer, control, nullity, loan, transparency*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE A LA COMISIÓN DE APERTURA.—III. LA STS NÚM. 44/2019, DE 23 DE ENERO.—IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020.—V. LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023.—VI. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO Y LA POSTERIOR APLICACIÓN DE SU DOCTRINA: 1. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO. 2. ALGUNAS RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES POSTERIORES A LA STS DE 29 DE MAYO DE 2023: ESPECIAL REFERENCIA A LA SAP LAS PALMAS DE 19 DE JUNIO DE 2023.—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años han sido muchas las cuestiones que han sido objeto de litigación en masa relacionadas con los créditos hipotecarios o inmobiliarios, modalidades, contratación y cláusulas.

Entre otras cuestiones, durante años se han sucedido protestas y litigios sobre las comisiones cobradas por las entidades bancarias o por repercutir éstas determinados gastos ocasionados por distintos servicios, quejándose al respecto muchos clientes porque esos servicios realmente no los habían pedido, o no eran necesarios o incluso se imponían sin más y no tenían ningún efecto real sobre el préstamo o contrato y ese cliente.

A este respecto, ya la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su art. 3 señala que las comisiones son objeto de libre fijación entre las partes. Pero también esta norma advierte de que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios relacionados con ese contrato bancario y solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente o potencial prestatario y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, y que puedan acreditarse así¹.

Entre las comisiones más discutidas últimamente cabe destacar la comisión de apertura. Esta comisión desde luego no es desconocida en la práctica bancaria, sino que, por el contrario, es muy habitual en los préstamos, especialmente hipotecarios, y ha estado prevista en nuestra normativa desde hace años.

Inicialmente nuestro Alto Tribunal resolvió sobre la comisión de apertura y su control judicial ya en la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, tratando así de fijar doctrina ante los distintos pronunciamientos que sobre ello habían recaído anteriormente en diversas Audiencias Provinciales. Sin embargo, posteriormente el TJUE reabrió el debate con su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank* y *BBVA*, C224/19 y C259/19).

Y recientemente ha vuelto a saltar a la actualidad la controversia sobre la comisión de apertura y su posible nulidad a raíz de la STS núm. 816/2023, de 29

de mayo, dictada como respuesta a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21) emitida a partir de tres cuestiones prejudiciales planteadas por el propio Tribunal Supremo.

En este trabajo se analizarán todas estas resoluciones concretando la evolución de la doctrina jurisprudencial en este ámbito en sus aspectos y argumentos principales, hasta la más reciente STS núm. 816/2023, de 29 de mayo. Antes, sin embargo, procederé a relacionar brevemente las previsiones normativas de la comisión de apertura en España.

II. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE A LA COMISIÓN DE APERTURA

Como ya indiqué anteriormente, la comisión de apertura se ha previsto en la normativa española desde hace años, aunque en algunos casos la regulación se preveía inicialmente respecto a las comisiones en general:

A) En la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (derogada posteriormente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) en su artículo quinto aludía en general a las comisiones bancarias señalando que «las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular; y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos».

Y en sus artículos séptimo y octavo se regulaba la entrega de un ejemplar de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles e información clara y explícita al respecto en el documento contractual, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos, sin que fuera admisible la remisión genérica a las tarifas hechas públicas por la entidad conforme a ese artículo quinto antes indicado.

B) La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (derogada posteriormente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) se refería a la comisión de apertura en su anexo I (como elemento mínimo que debía contener el folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden) y en su anexo II (sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a esta Orden).

En el anexo II, en su apartado 4.1, aludía expresamente a la comisión de apertura, diferenciándola de otras comisiones y gastos «posteriores» y señalaba que «cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del

préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

C) La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (derogada posteriormente por la Circular 5/2012), en su norma tercera, apartado 3, con respecto a las tarifas de comisiones, advertía de la libertad de las entidades para establecer sus tarifas de comisiones y gastos repercutibles, con las limitaciones previstas en esta Circular y en la Orden de 12 de diciembre de 1989, pero también reiteraba lo indicado en esta última norma en cuanto a que «las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente».

D) Relevante es tener en cuenta las vigentes Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que inciden muy especialmente en la información precontractual y contractual a proporcionar al cliente.

Mantienen la libertad de fijación de las comisiones y la advertencia de que «sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos» (artículo 3.1 de la Orden). Pero además prevén la obligación de que las entidades pongan a disposición del público los tipos de interés y las comisiones que esa entidad aplica en sus operaciones o servicios más frecuentes (incluida la comisión de apertura), de forma actualizada, y remitir esa información trimestralmente al Banco de España para su publicación en su página web², así como lógicamente informar oportuna y claramente al cliente que contrata un determinado servicio o producto acerca de las concretas comisiones (incluida la comisión de apertura) que se le aplicarían especificando concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos (*vid.* artículos 3, 7 y 8 de la citada Orden EHA/2899/2011 y normas 3.^a, 6.^a, 10.^a, 11.^a y 16.^a y anejos 1-5 de la Circular 5/2012).

Además, concretamente respecto de la comisión de apertura, la norma 6.^a de la Circular 5/2012, tras advertir que antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán, ofreciendo tras ello, también gratuitamente, la posibilidad de desistir de la operación, señala que «en el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se

integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

E) Ya en un rango normativo superior cabe citar las previsiones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI).

La Ley 2/2009 en el primer apartado de su artículo 5 continúa reconociendo la libertad de las entidades a la hora de fijar las comisiones, con las limitaciones previstas en esta Ley, la Ley de 1908 de represión de la usura y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. Y añade asimismo que «en las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor». Ya después en los apartados 4 y 5 de ese artículo 5 y en los artículos 6, 13 y 14 de esta Ley 2/2009 se regula la información y publicidad de las tarifas de esas comisiones.

Pero cabe destacar que en el apartado segundo de este artículo 5 de la Ley 2/2009, en contraposición con lo indicado en su primer apartado, se acogía en su versión inicial un apartado b) con referencia expresa a la comisión de apertura del siguiente tenor: «b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito». Se aludía también a la comisión por amortización anticipada en los préstamos o créditos hipotecarios en un apartado a) y se concluía señalando que: «Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito».

Ese subapartado b) fue eliminado posteriormente al modificarse el apartado 2 del artículo 5 de esa Ley 2/2009 por la disposición final 9.^a, apartado 2, de la Ley 5/2019 (LCCI), manteniéndose el resto del apartado (alusión a la comisión por amortización anticipada y el último inciso o párrafo apuntado). Y es que el contenido de ese antiguo apartado b) del artículo 5.2 de la Ley 2/2009, casi con total idéntica literalidad fue acogido por el apartado 4 del artículo 14 LCCI, que en relación con la comisión de apertura señala: «Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo,

cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Pero, además, en el apartado 3 de ese artículo 14 LCCI se reitera una cuestión que se viene reproduciendo en prácticamente todas las normas a las que se ha aludido en este apartado, en relación con todas las comisiones, y por tanto afectando también a la comisión de apertura: «Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse».

Por otro lado, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Respecto de la TAE, precisamente la LCCI viene a considerar los gastos y comisiones (entre ellas la de apertura) como costes y gastos a incluir y a tener en cuenta dentro del coste total del préstamo y en el cálculo de la TAE (*vid.* al respecto los artículos 6.1, 6.3, 8.2, 8.4 y 9 y los anexos I y II de la LCCI). Asimismo, en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) introducida por la LCCI, se alude expresamente a los gastos y comisiones, considerándose la comisión de apertura como comisión de administración³.

III. LA STS NÚM. 44/2019, DE 23 DE ENERO

Respecto a la comisión de apertura, inicialmente, antes de 2019, se fueron sucediendo resoluciones de distintas Audiencias Provinciales que la declaraban nula por abusiva contraria a las previsiones del TRLCU fundamentalmente por no acreditarse los concretos servicios prestados o que correspondiera el importe cobrado con servicios realmente prestados o entender que se desarrollaban trámites que se correspondían con actividades propias internas inherentes a la actividad ordinaria de la entidad que no son servicios efectivos reales susceptibles de remuneración mediante la comisión de apertura (así, entre otras, SAP Madrid, sección 14.^a, núm. 391/2017, de 28 diciembre, SAP Soria, sección 1.^a, núm. 5/2018, de 15 enero, SAP Asturias, sección 6.^a, núm. 24/2018, de 19 de enero o SAP Pontevedra, sección 1.^a, núm. 313/2018, de 21 de septiembre y otras resoluciones en ella citadas), aunque otras resoluciones también la consideraban válida (entre otras, ilustrativa es la SAP León, sección 1.^a, núm. 250/2018, de 15 junio, que se basa en la naturaleza y objeto de la comisión y en su regulación en la normativa sectorial).

Ante estos pronunciamientos contradictorios, finalmente la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno núm. 44/2019, de 23 de enero, sentó doctrina tratando de zanjar la controversia. Esta resolución se dictó en el marco de la polémica en torno a los gastos hipotecarios, el mismo día que otras cuatro resoluciones del Pleno de la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal: las SSTS núm. 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. Pero sólo la primera, la núm. 44/2019, se pronunció, además de sobre los gastos, también sobre la comisión de apertura de forma extensa, de ahí que sea a ella a la que prestaré atención en este trabajo.

El Tribunal Supremo en esta sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, advierte que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo y que, junto con el interés remuneratorio, constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales; advierte que no se está propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una parte del precio.

Afirma nuestro Alto Tribunal que «la propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura».

Ahora bien, lógicamente por su trascendencia en la carga económica que supone el contrato de préstamo para el prestatario, la comisión de apertura, al igual que el resto de comisiones y gastos repercutibles que pudieran ser cargados al prestatario, son aspectos sobre los que debe informarse oportunamente y con la debida antelación en aras a una toma consciente y razonada de la decisión de contratar o no ese producto crediticio por el potencial prestatario. En consecuencia, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo⁴.

Señala además que, atendiendo a la normativa reguladora bancaria en relación con esta comisión de apertura, los servicios remunerados son las actividades propias e inherentes a la actividad de estudio y concesión del préstamo solicitado y no puede exigirse a la entidad bancaria probar en cada préstamo la existencia de esas actuaciones en cuanto que se trata de actuaciones exigidas legalmente e imprescindibles para la concesión del préstamo.

Asimismo, advierte que tampoco puede exigirse a la entidad bancaria la prueba de la proporcionalidad entre el importe cobrado con la comisión de apertura y el coste efectivo de los servicios prestados en ese caso concreto, pues ello implicaría un control de precios que viene prohibido por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, además de distintas dificultades prácticas y la imposibilidad de que se concretara el importe de la comisión de forma anticipada, requisito relevante en el marco de la transparencia como elemento de protección del consumidor.

Como consecuencia de la consideración de la comisión de apertura como «parte integrante del precio» el Tribunal Supremo concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido. Sí que entiende que debe someterse a un control de transparencia. Y, si bien advierte que en este concreto caso el prestatario demandante nunca alegó la falta de transparencia y tampoco

se cuestionó en recursos posteriores la apreciación que el juzgado de primera instancia hizo declarando que la cláusula de comisión de apertura superaba, no sólo el control de incorporación, sino también el control de transparencia, al realizar este último control el Tribunal Supremo advierte que en el caso no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula y expresamente considera superado dicho control con base en los siguientes argumentos, centrados fundamentalmente en la información al consumidor y el conocimiento de éste de la existencia de tal comisión y sus efectos:

- Por ser de general conocimiento entre los consumidores interesados en la contratación de un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio.
- Porque conforme a la normativa aplicable y a las fichas de información normalizada legalmente previstas, la comisión de apertura es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario.
- Asimismo, junto con lo anterior, se advierte que, de hecho, la comisión de apertura suele ser uno de los extremos que se recogen en la publicidad de las entidades bancarias sobre ese préstamo y, además, se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo.
- Y, por último, advierte nuestro Alto Tribunal que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

Como puede observarse, se trata de unas razones y argumentos de superación del control de transparencia que no aluden al caso concreto y a la específica cláusula y contrato objeto de litigio, sino a un conocimiento general de esta comisión de apertura y a prácticas bancarias y circunstancias habituales y propias del funcionamiento e información sobre esta comisión, conocidas por el consumidor medio y siendo este consciente de en qué consiste dicha comisión prestándole especial atención por ser parte importante del pago a realizar a cambio de recibir ese préstamo solicitado.

IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Ante las cinco sentencias dictadas por el Tribunal Supremo ese 23 de enero de 2019 sobre los gastos hipotecarios, incluida la STS núm. 44/2019 que aquí se comenta sobre la comisión de apertura, se plantearon en marzo de 2019 por dos Juzgados españoles dos peticiones de decisión prejudicial conteniendo un total de quince cuestiones prejudiciales (concretamente trece cuestiones por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y dos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) en el marco de dos litigios relativos a ciertas cláusulas abusivas incluidas en contratos de préstamos hipotecarios en referencia a diversos gastos vinculados a esos contratos y su imposición contractual

al prestatario consumidor, planteando la posible contradicción con el Derecho comunitario (atendiendo a lo previsto en los arts. 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) de una jurisprudencia como la que se estaba aplicando a raíz de la STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, las SSTS núm. 147 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, y, especialmente, las referidas cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019).

Y concretamente entre las distintas cuestiones prejudiciales planteadas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca se refirió también en sus cuestiones séptima a undécima a esta doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de indicar acerca de la comisión de apertura, planteando su contradicción con el Derecho comunitario y la posible abusividad de la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura; particularmente según se reseña en la propia STJUE de 16 de julio de 2020, el juzgado se cuestionaba si, atendiendo a los arts. 3, 4, 5 y 8 de la Directiva 93/13/CEE y a la jurisprudencia del TJUE, resulta contrario a los mismos:

- Una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia, al suponer una quiebra del principio de inversión de la carga de la prueba establecido en el artículo 3.2 de la Directiva, no teniendo que probar el profesional que ha proporcionado información previa y negociación individual de la misma.
- Una jurisprudencia nacional que considera que un consumidor debe conocer *per se* que es una práctica habitual de las entidades financieras la de cobrar una comisión de apertura; y por lo tanto, ello implique que no sea necesario que el prestamista deba realizar prueba alguna para acreditar que la cláusula fue negociada individualmente; o si por el contrario, en cualquier caso, debe el prestamista acreditar que la misma fue negociada individualmente.
- Una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura no puede ser analizada en cuanto a su carácter abusivo por aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE por referirse a la definición del objeto principal del contrato; o por el contrario debe entenderse que tal comisión de apertura no supone parte del precio del contrato sino una retribución accesorio, y por lo tanto debe permitir al juez nacional el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al Derecho nacional.
- Que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE cuando tal disposición no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, aun si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusula denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.

Y concluye el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca su planteamiento de la petición de decisión prejudicial en relación con esta cuestión, preguntando si, a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

Las quince cuestiones prejudiciales planteadas las resolvió el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank* y *BBVA*, C-224/19 y C-259/19) agrupándolas en cinco partes: la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula de comisión de apertura; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva; y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas. Lógicamente por el tema de este trabajo me detendré únicamente en los concretos argumentos y doctrina del TJUE relativos a la comisión de apertura (partes segunda y tercera)⁵.

Al respecto de la comisión de apertura el TJUE en esta sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank* y *BBVA*, C-224/19 y C-259/19) indica lo siguiente:

a) Con respecto al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, señala el TJUE que «no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva de tal precepto al ordenamiento jurídico español (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18)». Añadiendo que «por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 45)».

Concluyendo el TJUE que, en cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el referido artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

b) Centrándose en la comisión de apertura, advierte el TJUE que es al juez nacional a quien incumbe concretar si la cláusula litigiosa es un elemento esencial del contrato o es accesorio. A este respecto, el TJUE ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter acceso-

rio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriuc y otros*, C-186/16, y de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17).

Pero también considera el TJUE oportuno señalar que el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de éste.

Atendiendo al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁶, advierte el TJUE que la exclusión del control del carácter abusivo lo es de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, pero también, en un segundo supuesto de aplicación más reducida, de la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida; es decir, que «las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada)».

c) En todo caso, se indica que los juzgados y tribunales nacionales deben controlar el carácter claro y comprensible de la cláusula y comprobar que la entidad financiera haya informado y comunicado al consumidor oportunamente de todos los elementos suficientes que permitan al consumidor conocer el contenido, funcionamiento, motivos y función de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura.

Se advierte de que no es posible considerar que una cláusula contractual es en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen o control de transparencia, no sólo de la claridad y comprensibilidad de la cláusula desde el punto de vista formal y gramatical (artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE y STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18), sino también de que «el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43)».

De modo que ese control de transparencia de la cláusula contractual controvertida (de su carácter claro y comprensible) debe llevarse a cabo por el juez nacional en todo caso; y según el TJUE deberá hacerlo teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes concurrentes en la celebración del contrato y, particularmente, la publicidad emitida sobre el producto y la referencia a la cláusula (en este caso la comisión de apertura), la información proporcionada por la entidad al consumidor (con el fin de que éste adquiriera el conocimiento oportuno sobre el contenido, funcionamiento, función y motivos de la existencia de esa co-

misión de apertura en ese contrato de préstamo, y así pueda valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato) y también teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (vid. SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13; de 26 de febrero de 2015, asunto *Matei*, C-143/13; de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriciuc y otros*, C-186/16; y de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18).

A este respecto cabe poner de manifiesto que el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, realmente no excluyó del control de transparencia la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura ni expresó la automaticidad de la transparencia como parece indicar el juzgado remitente de esta cuestión prejudicial; el Tribunal Supremo como tal hizo ese control, pero advirtió que no se suscitaban dudas razonables sobre la transparencia de la cláusula y entendió dicho control superado por las razones y argumentos antes indicados entrados fundamentalmente en la información al consumidor y el conocimiento de éste de la existencia de tal comisión y sus efectos; si bien, cierto es, acogiendo unos argumentos genéricos sobre esta comisión aplicables a cualquier contrato en el que ésta se incluya. Lo que se cuestionó por el juzgado remitente de la cuestión prejudicial al TJUE es la automaticidad que pudiera derivarse de esa apreciación y llevar a una jurisprudencia posterior que no examine el caso concreto y la información específica aportada por ese consumidor, sino partir de esas circunstancias generales de conocimiento del consumidor medio y prácticas bancarias habituales en publicidad e información, eximiendo *de facto* de prueba de haberse proporcionado esa información y/o de la negociación individual de la cláusula. Y el TJUE advierte que no cabe esa automaticidad: debe existir un control específico al caso.

d) Por último, en relación con un posible desequilibrio causado en detrimento del consumidor por la imposición del pago de esa comisión de apertura, y por lo tanto, la posible abusividad de dicha cláusula, a la vista de las previsiones del artículo 5 de la Ley 2/2009 invocada por el juzgado remitente de la cuestión prejudicial que prevé que las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos⁷, el TJUE advierte que es la entidad prestamista quien debe probar que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido y que el juez nacional debe comprobar tales extremos, pues, de lo contrario, si no se demuestran los servicios prestados y gastos habidos de los que responde la comisión y se exige a la entidad de tal prueba; entiende el TJUE que esa cláusula que impone el pago de la comisión de apertura incidiría negativamente en la posición del consumidor y, en consecuencia, causa en detrimento de éste un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe, y por ello sí sería considerada abusiva.

A este respecto el problema viene relacionado con esa prueba y el alcance y contenido de la misma: es decir, acreditar qué concretos servicios exactamente pueden o deben venir vinculados y por los que puede responder efectivamente el cobro de esa comisión de apertura y ser proporcionales a ese importe económico. Su comprobación y control en cada caso determinará la decisión del concreto órgano judicial acordando la nulidad o no de dicha cláusula y comisión de apertura.

V. LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023

Tras la STJUE de 16 de julio de 2020 anteriormente comentada se reabrió la litigiosidad sobre la cláusula de comisión de apertura ya que muchos juzgados y audiencias provinciales consideraron que la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, sobre la comisión de apertura vino contradicha por esta resolución del TJUE. Y a partir de ahí se sucedieron muchas resoluciones que calificaban la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura como una cláusula accesorio, no integrante del precio del préstamo, y que, en cuanto que la entidad bancaria prestamista no acreditase la realidad de los servicios y actuaciones realizadas con carácter previo a la concesión del préstamo como objeto de la remuneración obtenida a través de esa comisión de apertura, debía calificarse en tal caso la cláusula como abusiva: entre otras, SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre, SAP Castellón núm. 767/2020, de 16 de diciembre, SAP Murcia núm. 673/2021, de 10 de junio; y SAP Las Palmas núm. 449/2022, de 13 de abril. En algunos casos, también se aludía a la falta de transparencia por no especificarse la naturaleza de los servicios remunerados o por falta de información específica al consumidor sobre la comisión de apertura en los documentos informativos precontractuales (entre otras, SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre, y SAP Murcia núm. 1139/2022, de 24 de noviembre).

Ante esas dudas generadas sobre la contradicción de su doctrina con dicha resolución del TJUE, el propio Tribunal Supremo por auto de 10 de septiembre de 2021, en el marco de un recurso de casación planteado en un proceso en el que se solicitaba la declaración de nulidad de una cláusula de comisión de apertura y la restitución del importe abonado por su aplicación, decidió elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE planteando tres cuestiones, pretendiendo de alguna forma confirmar con la respuesta del TJUE su propia doctrina jurisprudencial; y es que nuestro Alto Tribunal consideraba que la respuesta del TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020 vino propiciada por haber expuesto el juzgado remitente de la cuestión prejudicial (el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca) la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada, lo que propició, a juicio del Tribunal Supremo, que tras dicha resolución del TJUE se entendiera que la doctrina de nuestro Alto Tribunal sobre la comisión de apertura era contraria al Derecho de la Unión.

Las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo se referían a lo siguiente:

- 1) Si se opone al Derecho de la Unión (concretamente a la Directiva 93/13/CEE) una jurisprudencia nacional que considera que la cláusula contractual que contiene la comisión de apertura regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE; y ello partiendo de que dicha jurisprudencia nacional parte de lo previsto en el Derecho nacional de considerar la comisión de apertura como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares

inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato.

- 2) En la segunda cuestión prejudicial se centra el Tribunal Supremo en la pertinencia de los aspectos valorados en la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, para considerar superado el control de transparencia (el carácter claro y comprensible) por la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura; y por ello plantea si resulta o no contraria a la Directiva 93/13/CEE su doctrina acerca de valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario tomando en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.
- 3) Y en tercer lugar, atendiendo a la consideración y previsión ya indicada de la normativa nacional sobre en qué consiste y el objeto de la comisión de apertura⁸, se plantea si resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia nacional que considera que la cláusula que prevé dicha comisión no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Ante estas cuestiones el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21) señala lo siguiente:

A) En primer lugar advierte de la obligación de interpretación estricta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y, como consecuencia de ello, concluye que no puede considerarse que constituya un compromiso principal derivado del contrato de crédito la obligación de retribuir los servicios a los que se dice responde la comisión de apertura (en virtud de la normativa nacional). Y ello en cuanto que, según recuerda el TJUE, sólo se consideran compromisos y obligaciones principales o esenciales en un contrato de crédito: por parte del prestamista la puesta a disposición de una cantidad de dinero y, por parte del prestatario, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos (STJUE de 10 de junio de 2021, asunto *BNP Paribas Personal Finance*, C776/19 a C782/19).

Entiende el TJUE que no puede considerarse como «objeto principal del contrato», en el sentido acogido por el referido artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, todas las prestaciones que estén relacionadas con el propio objeto principal del contrato (que serían sólo aquellas prestaciones esenciales antes indicadas y que, por ello, caracterizan al contrato) y que como tal tendrían mero carácter accesorio, conforme ya se ha indicado por el TJUE en sus sentencias de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriuc y otros*, C186/16, y de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C621/17. Y entre esas prestaciones accesorias no esenciales ni

integrables dentro del concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE incluye el pago de la comisión de apertura.

Como consecuencia de no considerar la comisión de apertura como elemento principal del contrato, cabe concluir que la cláusula en la que se incluya sí debe ser objeto del control de contenido o de abusividad, y ello aun cuando la cláusula fuera transparente.

B) Por lo que se refiere a la valoración del carácter claro y comprensible de la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura partiendo ya de la premisa de que no puede considerarse como elemento «principal» del contrato sino, a lo sumo, como elemento «importante» del mismo, el TJUE se remite en muchos aspectos a lo que ya indicó en la STJUE de 16 de julio de 2020.

En este sentido reitera la advertencia de que el juez nacional debe realizar ese control de transparencia de la cláusula de comisión de apertura, sin que se pueda considerar que tal cláusula cumpla automáticamente la exigencia de transparencia.

Por otro lado, recuerda que la exigencia de transparencia no puede quedarse simplemente en la comprensibilidad del consumidor en el plano gramatical y formal sino que debe extenderse a una transparencia y comprensibilidad sobre el funcionamiento de aplicación de la cláusula y la relación entre ese funcionamiento y otras cláusulas, de modo que el consumidor sea capaz de evaluar las consecuencias económicas que se derivarían de esa cláusula y contrato.

Y en relación con los aspectos a tener en cuenta en esa valoración o control de transparencia el TJUE señala que ese carácter claro y comprensible de la cláusula debe ser comprobado por el juez nacional a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes concurrentes en el caso.

Descarta, eso sí, que la notoriedad o conocimiento generalizado de la cláusula por los consumidores sea un elemento a tener en cuenta para valorar su carácter claro y comprensible; por lo que rechaza uno de los aspectos que el Tribunal Supremo acogía para atender a ese control de transparencia en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, y a los que expresamente aludía en su cuestión prejudicial al TJUE.

Por el contrario, sí que el TJUE viene a respaldar que en esa valoración y control de transparencia se tengan en cuenta el resto de los elementos indicados por la STS núm. 44/2019, de 23 de enero. Concretamente, entiende el TJUE que en ese control de transparencia de la cláusula de comisión de apertura debe tomarse en consideración:

- El tenor de la cláusula examinada.
- Como aspecto esencial a valorar, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario: tanto la información que debe prestarse por obligación legal como otra proporcionada sin ser obligatoria (incluso mediante la publicidad).
- La publicidad emitida en relación con ese contrato, como contenido informativo que, además, tiene.
- El nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en

cuenta que este tipo de cláusula prevé el pago íntegro de una cantidad económica relevante en el mismo momento de la concesión del préstamo.

- En cierta medida, la ubicación y estructura de la cláusula en cuanto que se evidencie que la cláusula es un elemento importante (que no principal) del contrato y permita en tal sentido al consumidor evaluar las consecuencias económicas que para él se deriven de esa cláusula.

Y, atendiendo a todos esos elementos, debe comprobarse, según el TJUE, que el prestatario está en condiciones de:

i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula.

ii) Entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

A este respecto, con base en su anterior sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, cabe destacar que el TJUE advierte que realmente el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales (en este caso, los servicios prestados vinculados a la comisión de apertura cobrada), aunque, no obstante, señala que sí es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

La cuestión es si de esta afirmación cabría en cierta medida deducir que con ello el TJUE quiere señalar que tampoco es preciso que exista en el proceso una prueba concreta de los servicios prestados individualmente y remunerados con esa comisión de apertura; en la medida que el TJUE ha asumido el concepto y objeto de la comisión de apertura previsto en la normativa nacional específica que recoge expresamente a qué se corresponde la comisión de apertura, tratándose de servicios «necesarios» para la concesión del préstamo, y con una redacción oportuna de la cláusula o del contrato en su conjunto que haga referencia a esa regulación, o a los servicios «relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario», cabría deducir por un consumidor medio la naturaleza de los servicios prestados. Pero que se pueda deducir la naturaleza de los servicios va vinculado a la comprensibilidad de en qué consiste la comisión de apertura; no es lo mismo que considerar acreditado que la entidad proporcionó esos servicios y realizó esas actuaciones previas de cara a la concesión del préstamo.

Lo cierto es que el TJUE no ha sido claro al respecto; el TJUE no descarta claramente su propia doctrina señalada en la STJUE de 16 de julio de 2020 acerca de la necesidad de prueba de los servicios efectivamente prestados y gastos habidos; cuestión que era (y es) especialmente controvertida entre nuestros tribunales pues fueron varios los que declararon nula la cláusula de comisión de apertura precisamente por no haberse acreditado los servicios prestados en ese caso (entre otras, SAP Asturias, sección 6.ª, núm. 24/2018, de 19 de enero o SAP Pontevedra, sección 1.ª, núm. 313/2018, de 21 de septiembre y otras resoluciones en ella citadas); y como se señalará más adelante, aún tras la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo, algunas Audiencias Provinciales siguen exigiendo esa prueba de los servicios prestados.

Esta STJUE de 16 de marzo de 2023 incide en este punto en el conocimiento y comprensibilidad de la naturaleza de los servicios prestados, deduciéndose ésta del contrato; pero esta es una cuestión distinta a la exigencia de prueba de los servicios prestados; en mi opinión, de la doctrina del TJUE sí que se deriva la exigencia de al menos con un carácter de mínimo, una prueba sobre los servicios proporcionados en el marco del «juicio de razonabilidad» que el TJUE en esta sentencia exige del juez nacional cuando aborda la resolución de la cuestión prejudicial relativa al posible desequilibrio entre las partes, como a continuación se detallará en el siguiente apartado C).

iii) Y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

C) Y, por último, en cuanto a un control de contenido de cara a la valoración de la posible existencia de abusividad y un desequilibrio importante entre las partes como consecuencia de la inclusión de esa cláusula de comisión de apertura, el TJUE advierte que tal valoración debe efectuarse por el juez nacional atendiendo a los siguientes criterios:

- Con referencia a su sentencia anterior de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C224/19 y C259/19, indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».
- En cuanto al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, considera el TJUE que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C224/19 y C259/19).
- Por lo que respecta a la existencia de un posible desequilibrio importante, el TJUE señala, con referencia a su anterior STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17), que «su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

Partiendo de las previsiones del Derecho español de definición de la comisión de apertura como una «comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su con-

cesión», el TJUE en relación con la cláusula de imposición al consumidor del pago de tal comisión de apertura concluye que como tal no parece que se trate de una cláusula que incida negativamente en la posición jurídica del consumidor según el Derecho nacional, a menos que se aprecie que concurra alguno de estos supuestos:

- a) Que no pueda considerarse razonablemente que los servicios prestados como contrapartida a la comisión se proporcionan en el ámbito de las prestaciones antes descritas como objeto de esa comisión según la normativa nacional.
- b) Que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

A este respecto se observa cierta discrepancia de esta sentencia con la anterior STJUE de 16 de julio de 2020: mientras que en ésta se advertía que la entidad prestamista debía probar la realidad efectiva de los servicios prestados y gastos habidos por los que respondía la comisión de apertura y el juez nacional comprobar tales extremos, en esta STJUE de 16 de marzo de 2023 lo que se exige al juez es un «juicio de razonabilidad» respecto a los servicios prestados, es decir, que estos respondan «razonablemente» a lo que de acuerdo con la normativa sectorial se prevé que deben ser los servicios objeto de remuneración a través de la comisión de apertura. Por tanto, si la comisión de apertura se prevé en el caso concreto para servicios o gastos no contemplados en la normativa nacional o que no sean necesarios para el «estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo» y por ello razonablemente cabe apreciar que no responden a lo que legalmente se contempla como servicios o gastos cubiertos por la comisión de apertura, entonces debe considerarse tal cláusula como abusiva por causar un desequilibrio relevante al consumidor en el marco de ese contrato.

Esto resultaría claro si en el contrato se detallaran servicios que no se corresponden con lo previsto legalmente para una comisión de apertura; pero en la práctica rara vez se expondrá así en el propio contrato (máxime teniendo en cuenta la doctrina del TJUE ya comentada de que no se exige detallar en el contrato la naturaleza de cada servicio prestado), de modo que, para que el juez nacional pueda hacer ese «juicio de razonabilidad», entiendo que se exige un mínimo de prueba en el proceso sobre la prestación de los servicios a los que se vincula la remuneración que supone la comisión de apertura; una prueba al menos mínima y básica que permita al juez nacional valorar que razonablemente aquello que se realizó se corresponde con lo que legalmente se prevé que debe ser compensado con el importe de la comisión de apertura (y luego aparte de esto se hará el juicio de proporcionalidad de ese importe)

Y es que no cabe obviar que el TJUE advierte que resulta imprescindible que en cada caso el juez competente compruebe y controle efectivamente la posible existencia de ese desequilibrio conforme a los criterios antes apuntados; examen y control de abusividad y posible desequilibrio que está obligado a hacer el juez, sin que sea posible considerar automáticamente tal cláusula como no abusiva «por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional». Y, además, en cuatro apartados antes de esta misma sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE recordó que «una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requi-

sitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato». Doctrina esta que incide, a mi juicio, en la ya comentada necesidad de que al menos exista un mínimo de prueba, si acaso básica, sobre qué ha realizado la entidad bancaria en ese caso como contrapartida al cobro de la comisión de apertura, para comprobar el juez, como así se lo exige el TJUE, que el cobro de la comisión es «razonable» teniendo en cuenta la legislación aplicable.

A mayor abundamiento, cabe advertir que el TJUE sí descartó la notoriedad y conocimiento general sobre la comisión de apertura como aspecto a tener en cuenta en el control de transparencia de la cláusula (valorar su carácter claro y comprensible), exigiendo atender a otros factores (especialmente de información) y al caso concreto, por lo que cabe entender, asimismo, que el control de contenido y el juicio de razonabilidad sobre los servicios prestados no puede basarse simplemente en que comúnmente es conocido en qué consisten esos servicios y en que la norma ya lo prevé: de poder tenerse en cuenta esto el TJUE hubiese obviado la referencia al «juicio de razonabilidad» y su exigencia en el caso concreto.

VI. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO Y LA POSTERIOR APLICACIÓN DE SU DOCTRINA

1. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO

Tras la STJUE de 16 de marzo de 2023 lógicamente se esperaba que el Tribunal Supremo dictará sentencia en el marco de ese procedimiento que suspendió para plantear las cuestiones prejudiciales: así lo hizo con la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo.

Pero entre una y otra resolución también se dictaron varias resoluciones por distintas audiencias provinciales en las que se han acogido conclusiones diferentes sobre la validez de la comisión de apertura manteniendo por ello la controversia al respecto: así, entre otras, SAP Alicante núm. 199/2023, de 3 de abril, SAP Pontevedra núm. 171/2023, de 3 de abril, SAP Islas Baleares núm. 276/2023, de 5 de abril, y SAP Asturias núm. 184/2023, de 10 de abril.

El contrato objeto de litigio en el proceso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 816/2023, de 29 de mayo, era un préstamo por un importe de 130.000 euros y una comisión de apertura de 845 euros, recogándose en el propio contrato la denominación e importe de esta comisión en negrita.

En primera instancia el juzgado declaró la nulidad solicitada de la cláusula de comisión de apertura (entre otras cláusulas de gastos); recurrida la sentencia en apelación por la entidad bancaria la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 5.^a) desestimó el recurso por cuanto la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

Ante el recurso de casación, como se ha indicado, nuestro Alto Tribunal suspendió su tramitación para plantear las cuestiones prejudiciales ya indicadas, y una vez ya dictada la STJUE de 16 de marzo de 2023 respondiendo a ello, procede a resolver sobre el asunto principal.

Tras exponer la normativa específica reguladora de la comisión de apertura, de modo diferenciado a otras comisiones, así como la principal jurisprudencia que ha recaído sobre esta controversia (la misma que se ha comentado y analizado en este trabajo), en primer lugar, el Tribunal Supremo advierte de que no es posible dar una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, sino que habrá que atender a cada caso concreto y a su examen individualizado atendiendo a la prueba que se practique.

Por lo tanto, ya adelanta que no va a existir una doctrina general aplicable a todo caso, sino que la resolución de esta controversia va a ser muy casuística; ahora bien, sus argumentos concretos en el asunto objeto de este recurso bien pueden tomarse en consideración en el marco de la valoración de otro caso que a futuro se plantee sobre la posible nulidad de una comisión de apertura, al menos como referencia de toma en consideración de los mismos aspectos a los que se ha atendido por el Tribunal Supremo.

Así, en concreto, el Tribunal Supremo señala, en aplicación de la doctrina recogida en la STJUE de 16 de marzo de 2023, que:

a) Cabe apreciar que en ese caso concreto se cumple con todos los requisitos de transparencia, en el marco de la información que legalmente debe prestarse al consumidor, en primer lugar, con respecto a la comisión de apertura exigidos por la normativa bancaria aplicable en la fecha de firma del contrato (la Orden de 5 de mayo de 1994), ya que: (i) se incluyen en esa comisión todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) se integra obligatoriamente en una única comisión, que debe denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devenga de una sola vez; y (iv) su importe, su forma y fecha de liquidación están especificados en la propia cláusula.

Pero, además, destaca que en el caso objeto del proceso se advierte en la propia escritura de dos circunstancias: a) que la entidad financiera había entregado a los prestatarios un ejemplar de las tarifas de comisiones; y b) que el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

b) Por otro lado, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 aceptó y asumió expresamente el concepto de comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito), siendo tales servicios necesarios para la concesión del préstamo.

Además, cabe tener en cuenta que dicha sentencia del TJUE advirtió de que no era preciso indicar expresamente en cada contrato ni exigir la prueba por la entidad de cada servicio prestado o gasto habido que se configure como objeto

de retribución o contrapartida por la comisión de apertura, sino que basta que la naturaleza de los mismos se pueda deducir del contrato; de modo que atendiendo a esto y partiendo también de la asunción del concepto y objeto de la comisión de apertura en los términos previstos en la normativa nacional, cabe afirmar que razonablemente en la gran mayoría de los contratos de préstamo o crédito, cumpliendo con los requisitos normativos de transparencia, se puede deducir por un consumidor medio la naturaleza de los servicios prestados, así como el objeto y fin de la comisión de apertura abonada en una sola vez al concederse el crédito.

Concretamente en este caso, en relación con la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados como contrapartida de la comisión de apertura, advierte el Tribunal Supremo que «la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE».

c) Asimismo, señala que no hay ningún solapamiento de comisiones por el mismo concepto en cuanto que no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente y, además, en la escritura pública se prevén otras comisiones pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado (la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada).

d) Y, por último, analiza la proporcionalidad del importe cobrado en concepto de comisión de apertura, aunque eso sí, advirtiendo de que deben adoptarse cautelas para no incurrir en un control de precios prohibido por la Directiva 93/13/CEE. En el caso concreto enjuiciado en el que se exigió el pago de 845 euros en concepto de comisión de apertura por la concesión de un préstamo de 130.000 euros, considera el Tribunal Supremo que esos 845 euros no parece un importe desproporcionado en la medida que supone un 0,65 % del capital prestado; y para ilustrar su argumentación y conclusión alude a unas estadísticas accesibles por internet que indican que el coste medio de comisiones de apertura en España oscila entre el 0,25 % y el 1,50 %.

Pero no concreta a qué estadísticas o información ha acudido exactamente para concretar esa horquilla de coste medio (qué estadísticas concretas ha examinado y dónde ha obtenido los datos, si en la información publicada en ofertas de las páginas web de distintos bancos, o en la web del Banco de España, que, en virtud de lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, a las que se ha hecho referencia al comienzo de este trabajo, publica información trimestral estadística remitida por cada entidad de crédito sobre las operaciones frecuentes realizadas, tipos de interés y tarifas de comisiones⁹). Tampoco señala qué fecha ha tenido en cuenta: cabe entender que lo oportuno sería atender a la fecha de concesión del préstamo y pago de la comisión para analizar si de acuerdo con el

importe medio de las comisiones de apertura de ese momento la comisión fijada era o no desproporcionada.

En cualquier caso, cabe señalar que esta referencia al 0,65 % o a esa horquilla del 0,25%-1,50% no se acoge como una cuestión a acoger automáticamente como elemento fijo de la consideración de la desproporción. A diferencia de lo que el Tribunal Supremo ha concretado respecto de la usura en los créditos *revolving* en su STS núm. 258/2023, de 15 de febrero (donde se fija como criterio de referencia el de que se considerará como un «interés notablemente superior al interés normal del dinero» aquel que sea superior a seis puntos porcentuales de ese interés normal o medio del mercado, obtenido principalmente de las estadísticas oficiales del Banco de España en relación con las operaciones *revolving* u otras operaciones específicas que se consideren las más similares en el caso)¹⁰, en este caso realmente esa referencia el Tribunal Supremo sólo la ha indicado a título argumentativo del caso concreto objeto de ese recurso de casación sin el fin de fijar doctrina al respecto, de modo que no puede concluirse que todas aquellas comisiones de apertura que superen el 0,65 % respecto del importe del capital prestado o que superen la horquilla máxima del 1,50 % se deban considerar desproporcionadas y por ello abusivas; no; debe atenderse a la primera advertencia de nuestro Alto Tribunal en esta STS de 29 de mayo de 2023: no cabe dar una respuesta o solución unívoca en estos litigios, sino que la respuesta deberá atender a la prueba practicada en cada caso particular. Aunque sí que puede considerarse como un dato de referencia; de hecho, los distintos magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Oviedo reunidos en pleno el 8 de junio de 2023 adoptaron por unanimidad un acuerdo de unificación de criterios en el marco de las acciones de nulidad de cláusulas de comisión de apertura en préstamos hipotecarios en los que el prestatario fuera un consumidor indicando que «se seguirán las pautas sentadas en la STS 816/2023 de 29 de mayo, en interpretación de la STJUE de 16 de marzo de 2023, respecto a la aplicación a las comisiones de los controles de incorporación, de transparencia y de contenido, con la precisión en este último de que al valorar la proporcionalidad del importe de la comisión se tendrá como proporcional una comisión cuyo montante oscile entre el 0,25 % y el 1,50 % del capital de préstamo con un límite cuantitativo de 1000 euros» (un límite que, a mi juicio, es muy oportuno fijar); también acogió esa horquilla señalada por el Tribunal Supremo como parámetro de referencia en el control de proporcionalidad de la comisión de apertura la SAP Málaga, sección 6.ª, núm. 867/2023, de 13 de junio («en principio, las comisiones que se muevan en este arco no se considerarían como abusivas»).

e) El Tribunal Supremo al declarar ya que la cláusula es transparente, estima el recurso de casación en cuanto que la Audiencia Provincial que dictó la resolución recurrida «limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE».

Precisamente en este último inciso creo que nuestro Tribunal Supremo se equivoca en la aplicación de la doctrina del TJUE, por cuanto, como se ha indicado anteriormente, entiendo que el TJUE no descartó totalmente la prueba sobre los servicios prestados retribuidos con la comisión; al margen del control de transparencia, en el marco del control de un posible desequilibrio entre las partes,

además de un «juicio de proporcionalidad» del importe cobrado como comisión de apertura y el deber de comprobar que no hay ningún solapamiento con el cobro de otra comisión por el mismo concepto, advierte el TJUE de la obligación del juez nacional de hacer un «juicio de razonabilidad» de los servicios proporcionados con respecto a lo que se prevé en la normativa específica reguladora: por tanto, no se descarta, como concluye el Tribunal Supremo, atender a cuáles fueron los servicios prestados (con una mínima y básica prueba sobre su realidad) para valorar así la validez de la cláusula en cuanto a controlar un posible desequilibrio entre las partes y por tanto una eventual abusividad. A mayor abundamiento, cabe advertir que el TJUE sí descartó la notoriedad y conocimiento general sobre la comisión de apertura como aspecto a tener en cuenta en el control de transparencia de la cláusula, exigiendo atender a otros factores y al caso concreto, por lo que cabe entender, asimismo, que el control de contenido y el juicio de razonabilidad sobre los servicios prestados no puede basarse simplemente en que comúnmente es conocido en qué consisten esos servicios y en que la norma ya lo prevé: de poder tenerse en cuenta esto el TJUE hubiese obviado la referencia al «juicio de razonabilidad» y su exigencia en el caso concreto.

Y a este respecto, el Tribunal Supremo omite hacer ese «juicio de razonabilidad» en el supuesto sometido a su resolución: no aporta argumentos ni fundamentación expresa y clara sobre si los servicios prestados en ese caso por la entidad prestamista «razonablemente» se ajustan a lo indicado por la normativa específica como servicios previstos como contrapartida al pago de la comisión de apertura. En el control de la cláusula se limita a analizar su claridad y comprensibilidad (transparencia), si hay o no solapamiento con otras comisiones cobradas y si el importe de la comisión es proporcional al importe del préstamo concedido, pero obvia el otro elemento señalado por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 y de gran importancia en el control de abusividad: ese «juicio de razonabilidad» de los servicios prestados. Y es que los juicios de «proporcionalidad» y de «razonabilidad» no son juicios o valoraciones excluyentes entre sí: si el juez concluye que la comisión no es desproporcionada, eso no implica que ya la cláusula sea válida; se debe desarrollar el «juicio de razonabilidad», que exige un mínimo de prueba sobre los servicios que efectivamente se han prestado por la entidad. Y sólo si se superan ambos juicios entonces sí puede el juez concluir la validez de la cláusula (esto partiendo de que ya antes se ha efectuado el control de transparencia y se ha superado).

2. ALGUNAS RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES POSTERIORES A LA STS DE 29 DE MAYO DE 2023: ESPECIAL REFERENCIA A LA SAP LAS PALMAS DE 19 DE JUNIO DE 2023

Con la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo, se puede entender que se sienta ya una doctrina bastante clara en relación con los aspectos a valorar de cara a decidir sobre la transparencia de la cláusula de imposición del pago de una comisión de apertura, aportando mayor seguridad jurídica; se sientan criterios claros con respecto a la valoración de la claridad y comprensibilidad de la cláusula, se advierte de la necesidad de comprobar que no haya solapamientos con el cobro de otras comisiones y lo mismo cabe concluir en el marco del control de contenido o de abu-

sividad en cuanto al juicio de proporcionalidad del importe de la comisión, con ciertos parámetros a tener en cuenta. Siempre teniendo en cuenta, eso sí, que esta doctrina no supone una aplicación automática, sino que exige valoración caso a caso, lo cual implica que la litigiosidad en esta materia no se va a reducir sin más, pero al menos parece que ya se han sentado unos criterios claros que aporten algo de seguridad jurídica al respecto en estos aspectos relativos a la transparencia y la proporcionalidad.

Sin embargo, no está clara la cuestión sobre la exigencia de prueba de los servicios prestados efectivamente. El Tribunal Supremo parece rechazar esa necesidad; sin embargo, de la doctrina del TJUE no parece que deba descartarse un mínimo de prueba por las razones ya indicadas y con el fin de realizar ese «juicio de razonabilidad» exigido al juez.

Esta cuestión aún está pendiente de aclarar y así queda patente en algunas resoluciones dictadas con posterioridad a la STS de 29 de mayo de 2023, donde expresamente se discrepa de lo indicado en esta sentencia de nuestro Alto Tribunal. Es el caso de las SSAP Girona núms. 427/2023 y 432/2023, ambas de 1 de junio, que declaran nula la cláusula de comisión de apertura recordando la primacía del Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJUE sobre el Derecho nacional; inciden en lo señalado por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 y la anterior de 16 de julio de 2020, en la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados y en la necesidad de que exista un control efectivo respecto a la posible desproporción entre los servicios prestados y la cuantía de la comisión; y concluyen declarando nula la cláusula por cuanto no se ha demostrado qué servicios realmente se han prestado.

También debe destacarse la SAP Las Palmas, sección 4.ª, de 19 de junio de 2023 que critica y confronta expresamente con la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 29 de mayo de 2023 (sentencia de la que procede a hacer un claro comentario crítico), respecto de la que advierte que obvió algunos apartados de la STJUE de 16 de marzo de 2023, que es la que esta Audiencia Provincial decide aplicar directamente, al margen de lo indicado por el Tribunal Supremo.

Tras la transcripción de todos los apartados de la referida sentencia del TJUE en relación con el control de transparencia, en primer lugar la Audiencia Provincial de Las Palmas se pregunta (concluyendo que no tiene respuesta al respecto) «¿por qué, si esos estudios, investigaciones y análisis son, por un lado, ajenos a la actividad ordinaria de un banco (y por eso deben ser retribuidos independientemente) y, por otro, se llevan a cabo en todas las ocasiones en que una persona pide un préstamo hipotecario, sin embargo no se cobran a aquéllos a quienes se les deniega y sí que se cobran a los que se les concede? Además, advierte que aunque pueda resultar obvio que la entidad bancaria deba llevar a cabo estudios, investigaciones y análisis acerca de la previsibilidad que el solicitante de un préstamo hipotecario pueda ser capaz de devolver el dinero prestado, y por eso no cabe ninguna duda de que la comisión de apertura es legal, eso es distinto a conocer cuántos y cuáles son en concreto esos estudios, investigaciones y análisis y, por supuesto, su precio; y a este respecto concluye que en general el ciudadano desconoce qué actuaciones realiza el llamado «departamento de riesgos» de la entidad prestamista de cara a decidir sobre la concesión del préstamo, pero que lógicamente

el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios y actuaciones no puede ser el mismo en todos los casos, pues dependerá del importe del préstamo y la cuota mensual a abonar, de si se va a constituir alguna garantía adicional, del valor de tasación de la finca que se vaya a hipotecar en su caso, de los ingresos habituales de la persona solicitante del préstamo o de si esa persona tiene o no otros préstamos ya suscritos y aún no terminados de amortizar. Por tanto, y a partir de los requisitos de transparencia indicados en la STJUE de 16 de marzo de 2023, concluye la Audiencia Provincial de Las Palmas que en ese caso la cláusula no es transparente porque: no puede razonablemente entenderse la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados; y ninguna prueba existe de que se haya informado al cliente sobre cuántos y cuáles fueron los estudios llevados a cabo, de modo que el prestatario no pudo evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de la cláusula de comisión de apertura.

Sobre esto realmente tampoco se observa contradicción con la STS de 29 de mayo de 2023, por cuanto en esta ya se advirtió de que no pueden darse respuestas unívocas y habría que resolver caso a caso, y eso es lo que se ha producido en este supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Las Palmas; atendiendo al caso concreto el tribunal ha apreciado que no ha habido suficiente información al consumidor. La Audiencia critica la STS de 29 de mayo de 2023 por afirmar que la información que obligatoriamente debe prestarse según la normativa nacional se considere por el Tribunal Supremo como un máximo que le exime de proporcionar otra información, cuando debiera considerarse como un mínimo (en este punto, discrepo de esa apreciación de la Audiencia pues en ningún momento de la STS de 29 de mayo de 2023 se deduce esa limitación o exención que afirma) y porque entiende que «a diferencia de lo que sostiene el TS en su Sentencia de 29 de mayo de 2023, no basta con que la cláusula figure claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones y sus términos estén resaltados y que quede claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial»: critica que tampoco comparto pues, al margen de no entender el contexto en el que alude a eso la Audiencia Provincial de Las Palmas y de que señala que no basta con eso pero no concreta qué falta, realmente el Tribunal Supremo sólo acogió esas cuestiones dentro de la valoración de la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados en el marco concreto de ese caso, sin excluir otros, pero además también incluyó un análisis de otros elementos de cara a verificar la comprensibilidad de las consecuencias económicas de esa comisión, que entendió el Tribunal Supremo que en ese caso sí estaba claro, pero la Audiencia Provincial de las Palmas no lo vio así en su caso, dentro de la valoración casuística e individualizada que debe primar en estos asuntos, como ya advirtió la STS de 29 de mayo de 2023.

Con respecto al control de abusividad, en este caso la Audiencia Provincial de Las Palmas critica que el Tribunal Supremo no haya tenido en cuenta (en rigor más bien es que no haya transcrito) todos los apartados que el TJUE dedica a dicho control en su sentencia de 16 de marzo de 2023. Una vez transcritos todos esos apartados por la Audiencia, ésta analiza el caso concreto y concluye que «cobrar un precio, el que sea, por la prestación de unos servicios sin decir ni una sola palabra sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios y sin informar de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo

a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado» no fue una actuación leal ni equitativa con respecto al prestatario y, por tanto, no podía esperarse razonablemente que éste aceptase una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, además de que impide que el juez «pueda “tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios” incluidos en la comisión de apertura, lo que la convierte en abusiva».

Afirma también que al no considerar transparente dicha cláusula cabe concluir asimismo (y en atención a lo indicado por la STS de 26 de mayo de 2023, relativa a un préstamo multdivisa) que se ha provocado un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, agravando la situación jurídica del prestatario.

Por último, se incide en la cuestión más controvertida que ya indiqué anteriormente: el llamado «juicio de razonabilidad». Y a este respecto la Audiencia Provincial de Las Palmas advierte de que no puede llevarse a cabo ese control o comprobación de que la comisión responde a los servicios prestados en ese caso concreto «al no existir ni una sola prueba o evidencia sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado». Concluyendo que llevar a cabo un control de abusividad únicamente atendiendo a que no haya solapamiento en el cobro de comisiones por los mismos conceptos y a que el importe cobrado sea o no proporcionado atendiendo a esa horquilla de 0,25%-1,5%, supone un límite en la facultad de los tribunales de llevar a cabo, incluso de oficio, ese control de la potencial abusividad de la comisión de apertura. Conclusión oportuna a mi juicio en la medida que coincide con la crítica ya hecha en apartados anteriores de este trabajo a la STS núm. 816/2013, de 29 de mayo, al omitir dentro del control de abusividad ese «juicio de razonabilidad» que exigía claramente el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023.

Junto con estas resoluciones, también se han dictado otras por distintas Audiencias Provinciales en las que se ha determinado en el examen concreto del caso sometido a su enjuiciamiento que la cláusula era no transparente atendiendo a los criterios indicados por el TJUE y el Tribunal Supremo, y seguirán sucediéndose las sentencias en la medida que la premisa es que debe valorarse cada caso concreto pues no cabe solución o decisión unívoca. Y, asimismo, algunas resoluciones han seguido el mismo criterio y doctrina, aplicándola al caso, que el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 mayo de 2023, incluida su errónea conclusión sobre que el TJUE descartó expresamente atender a los servicios prestados real y efectivamente como criterio o requisito de validez y, por tanto, sin aplicar un juicio de «razonabilidad», declarando válidas las cláusulas de comisión de apertura tras el juicio de transparencia y proporcionalidad que consideran superados (así, entre otras, las SSAP Ciudad Real, sección 2.ª, núms. 204/2023 y 205/2023, ambas de 7 de junio, la SAP Málaga, sección 6.ª, núm. 867/2023, de 13 de junio, y las SSAP Albacete, sección 1.ª, núms. 318/2023 y 321/2023, ambas de 16 de junio).

Así pues, aún no se ha zanjado totalmente la controversia sobre la comisión de apertura. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de

apertura; aparte de ese «juicio de razonabilidad» al que se ha hecho referencia en este trabajo, que erróneamente en algunos casos se obvia centrandolo el control de la cláusula sólo en la transparencia, la proporcionalidad y el posible solapamiento con el cobro de otras comisiones.

Habrà que esperar a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo para fijar más la doctrina o matizarla a este respecto de la prueba de los servicios prestados; no creo que se vuelva a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE pues el problema se ha mantenido al obviar el Tribunal Supremo ese «juicio de razonabilidad» previsto en la doctrina del TJUE y lo oportuno es que desde el Tribunal Supremo se fije mejor esa doctrina y su aplicación, sin tener que pedir la intervención del TJUE; pero visto lo que está sucediendo en los últimos años, tampoco podría descartarse totalmente.

VII. CONCLUSIONES

I. En el control de la comisión de apertura la respuesta y solución no es unívoca. Debe atenderse al caso concreto y el juez nacional debe examinar y aplicar los controles de transparencia y abusividad atendiendo a las circunstancias del supuesto determinado que se somete a su enjuiciamiento.

II. La cláusula de comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato; no forma parte del objeto principal del contrato.

III. En el marco del control de transparencia, tal y como advierte el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023, la notoriedad o conocimiento general de los consumidores sobre la comisión de apertura no es un aspecto que pueda tenerse en cuenta para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula ni, por tanto, criterio que pueda apoyar una decisión de transparencia de la cláusula.

Para valorar la claridad y comprensibilidad de la cláusula que impone el pago de la comisión de apertura los aspectos a tener en cuenta son fundamentalmente: la información proporcionada al consumidor (tanto la exigida por la normativa como cualquier otra aportada durante la negociación, incluida la transmitida vía publicidad); el propio tenor de la cláusula contractual; el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz teniendo en cuenta que es una comisión que se prevé como de pago único o íntegro de un importe relevante y en el mismo momento de concesión del crédito; y, en cierta medida, también la ubicación y estructura de la cláusula en cuanto que se evidencie que la cláusula es un elemento importante (que no principal) del contrato y permita en tal sentido al consumidor evaluar las consecuencias económicas que para él se deriven de esa cláusula.

Atendiendo a todos esos elementos debe comprobarse que el prestatario está en condiciones de: i) evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula; ii) entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella; y iii) verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

IV. Por lo que se refiere al control de contenido y posible abusividad, además de atender y valorar posibles actuaciones contrarias a la buena fe, principalmente

en el marco de un posible desequilibrio importante entre las partes en detrimento del consumidor, el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 advierte que *per se y a priori*, atendiendo a la definición que sobre la comisión de apertura se contiene en el Derecho nacional, no parece que la misma pueda considerarse que provoca tal desequilibrio incidiendo negativamente en la posición jurídica del consumidor según el Derecho nacional; pero el juez nacional debe en todo caso valorar el caso concreto de modo que sí existiría tal desequilibrio si concurre alguno de estos supuestos:

- a. Que no pueda considerarse razonablemente que los servicios prestados como contrapartida a la comisión se proporcionan en el ámbito de las prestaciones descritas como objeto de esa comisión según la normativa nacional.
- b. Que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

Por lo tanto, dentro de este control de abusividad, el TJUE contempla que se desarrolle por el juez nacional dos juicios o valoraciones distintas: un «juicio de razonabilidad» y un «juicio de proporcionalidad». Si en cualquiera de ellos la valoración del juez determina que concurre el supuesto (es decir, se elude la razonabilidad o adecuación de la comisión con los servicios que legalmente se deben compensar con la comisión, o se concluye que la comisión es desproporcionada), entonces debe declarar la cláusula como abusiva y, por tanto, nula.

Pero no son juicios o valoraciones excluyentes: si el juez concluye que la comisión no es desproporcionada, eso no implica que ya la cláusula sea válida; se debe desarrollar el «juicio de razonabilidad», que exige un mínimo de prueba sobre los servicios que efectivamente se han prestado por la entidad. Y sólo si se superan ambos juicios entonces sí puede el juez concluir la validez de la cláusula (esto partiendo de que ya antes se ha efectuado el control de transparencia y se ha considerado superado).

V. Y es respecto de esto último que cabe criticar la STS de 29 de mayo de 2023.

Por el Tribunal Supremo se ha atendido oportunamente al control de transparencia fijando criterios y aspectos a valorar; también se han dado referencias sobre el juicio de proporcionalidad y aplicado el control para evitar solapamientos de comisiones y servicios cobrados; sin embargo, la controversia sobre la comisión de apertura no se ha zanjado al obviar el Tribunal Supremo la aplicación efectiva del «juicio de razonabilidad» exigido por el TJUE y considerar que este Tribunal comunitario ha descartado expresamente la necesidad de acreditar los servicios prestados como requisito de validez.

El «juicio de razonabilidad» exige que al menos exista un mínimo de prueba, si acaso básica, sobre qué ha realizado la entidad bancaria en ese caso como contrapartida al cobro de la comisión de apertura, para comprobar el juez, como así se lo exige el TJUE, que el cobro de la comisión es «razonable» teniendo en cuenta la legislación aplicable.

Y ese «juicio de razonabilidad» debe realizarse aun cuando se haya hecho el «juicio de proporcionalidad» si éste ha sido superado y considerado que la comisión no es desproporcionada.

VI. Aún no se ha zanjado totalmente la controversia sobre la comisión de apertura. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de apertura; aparte de ese «juicio de razonabilidad» al que se ha hecho referencia en este trabajo, que erróneamente en algunos casos se obvia centrandolo el control de la cláusula sólo en la transparencia, la proporcionalidad y el posible solapamiento con el cobro de otras comisiones.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto *Andriciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17).
- STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19).
- STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21).
- STS núm. 44/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 816/2023, de 29 de mayo.
- SAP Madrid, sección 14.^a, núm. 391/2017, de 28 diciembre.
- SAP Soria, sección 1.^a, núm. 5/2018, de 15 enero.
- SAP Asturias, sección 6.^a, núm. 24/2018, de 19 de enero.
- SAP León, sección 1.^a, núm. 250/2018, de 15 junio.
- SAP Pontevedra, sección 1.^a, núm. 313/2018, de 21 de septiembre.
- SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre.
- SAP Castellón núm. 767/2020, de 16 de diciembre.
- SAP Murcia núm. 673/2021, de 10 de junio.
- SAP Las Palmas núm. 449/2022, de 13 de abril.
- SAP Murcia núm. 1139/2022, de 24 de noviembre.
- SAP Alicante núm. 199/2023, de 3 de abril.
- SAP Pontevedra núm. 171/2023, de 3 de abril.
- SAP Islas Baleares núm. 276/2023, de 5 de abril.
- SAP Asturias núm. 184/2023, de 10 de abril.
- SAP Girona núm. 427/2023, de 1 de junio.
- SAP Girona núm. 432/2023, de 1 de junio.
- SAP Ciudad Real, sección 2.^a, núm. 204/2023, de 7 de junio.
- SAP Ciudad Real, sección 2.^a, núm. 205/2023, de 7 de junio.
- SAP Málaga, sección 6.^a, núm. 867/2023, de 13 de junio.
- SAP Albacete, sección 1.^a, núm. 318/2023, de 16 de junio.
- SAP Albacete, sección 1.^a, núm. 321/2023, de 16 de junio.
- SAP Las Palmas, sección 4.^a, de 19 de junio de 2023.

NOTAS

¹ Esta previsión también se reitera para el caso de los préstamos o créditos inmobiliarios en el art. 14.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Con esta previsión se trata de poner freno a esos cobros abusivos por servicios inexistentes innecesarios o no pedidos ni queridos por el prestatario, extendiendo esa previsión de la Orden EHA/2899/2011 sobre servicios bancarios (y que igualmente en sentido similar se recoge en el art. 5.1.b LOSSEC) a préstamos o créditos inmobiliarios a que se refiere la LCCI que no tienen que ser concedidos por entidades bancarias. Cabe reseñar, asimismo, que en términos similares se establecen las comisiones y gastos repercutibles para el caso de las actividades de contratación e intermediación en préstamos o créditos a que se refiere el art. 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (en adelante, LCPHSI). Un art. 5 LCPHSI que fue objeto, por otro lado, de reforma y nueva redacción por la disposición final novena, apartado dos, de la LCCI, con la que se elimina la referencia que se hacía a la comisión de apertura en un subapartado b) de ese art. 5.2 LCPHSI; y precisamente en ese subapartado eliminado de la LCPHSI se preveía lo mismo que ahora se recoge en el punto 4 del art. 15 LCCI en relación con la comisión de apertura: “Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.

² A este respecto, puede consultarse esa información publicada en la página web del Banco de España en <https://www.bde.es/wbe/es/para-ciudadano/tablon-de-anuncios/comisiones-y-tipos-de-interes-de-los-servicios-financieros/>, estando el comparador entre entidades accesible en https://app.bde.es/csfwciu/csfwciuias/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_InicioMenuWeb2# (fecha de última consulta: el 14 de julio de 2023), en el apartado «Servicios financieros más frecuentes» y después el subapartado «Comparación entre entidades para una fecha», permitiendo hacer una comparación entre varias entidades, en un determinado trimestre que se quiera seleccionar a partir de 2012, y por distintas operaciones o servicios financieros. Por ejemplo, consultando los préstamos hipotecarios, se señala qué comisión de apertura han aplicado en tales préstamos las distintas entidades bancarias que se ha indicado para comparar en ese trimestre seleccionado; o también puede optarse por seleccionar todos los bancos y todos los servicios financieros y el documento excel que puede descargarse con la comparativa aportará información completa de todo ello para ese trimestre seleccionado.

³ Concretamente, además, al respecto se advierte en la parte B del anexo I LCCI, con las instrucciones para cumplimentar dicha ficha, dentro del apartado «Otros componentes de la TAE» de la Sección «4. Tipo de interés y otros gastos» que se deben enumerar todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración (aquí se incluiría la comisión de apertura) y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales. Se advierte que en este apartado el prestamista enumerará cada uno de los gastos por categoría (gastos que deben abonarse una sola vez, gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y gastos que han de pagarse regularmente pero que no están incluidos en las cuotas), indicando su importe, el destinatario y la fecha de pago. No será, sin embargo, necesario incluir los costes derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el importe de un gasto se desconoce, el prestamista dará una indicación de su cuantía, si es posible, y, si no es posible, indicará la forma en que se calculará, especificando que el importe mencionado es meramente indicativo; en caso de que no se incluyan en la TAE ciertos gastos por ser desconocidos para el prestamista, deberá destacarse esta circunstancia.

⁴ En consecuencia, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Respecto de la TAE, precisamente la LCCI viene a considerar los gastos y comisiones (entre ellas la de apertura) como costes y gastos a incluir y a tener en cuenta dentro del coste total del préstamo y en el cálculo de la TAE (*vid.* al respecto los arts. 6.1, 6.3, 8.2, 8.4 y 9 y los anexos I y II de la LCCI).

En la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) introducida por la LCCI, se alude expresamente a los gastos y comisiones. Concretamente, además, al respecto se advierte en la parte B del anexo I LCCI, con las instrucciones para cumplimentar dicha ficha, dentro del apartado «Otros componentes de la TAE» de la Sección «4. Tipo de interés y otros gastos» que se deben enumerar todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración (aquí se incluiría la comisión de apertura) y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales. Se advierte que en este apartado el prestamista enumerará cada uno de los gastos por categoría (gastos que deben abonarse una sola vez, gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y gastos que han de pagarse regularmente pero que no están incluidos en las cuotas), indicando su importe, el destinatario y la fecha de pago. No será, sin embargo, necesario incluir los costes derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el importe de un gasto se desconoce, el prestamista dará una indicación de su cuantía, si es posible, y, si no es posible, indicará la forma en que se calculará, especificando que el importe mencionado es meramente indicativo; en caso de que no se incluyan en la TAE ciertos gastos por ser desconocidos para el prestamista, deberá destacarse esta circunstancia.

⁵ Sobre el resto de argumentos y pronunciamientos del TJUE en relación con la controversia jurisprudencial sobre los gastos hipotecarios, a raíz de lo indicado por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (que tuvo posterior acogida y reflejo en las SSTS núm. 457/2020, de 24 de julio, núm. 465/2020, de 14 de septiembre, núm. 555/2020, de 26 de octubre, y núm. 619/2020, de 17 de noviembre), puede consultarse mi anterior trabajo: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (a propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, noviembre-diciembre de 2020, pp. 3911-3944.

⁶ Este art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE indica que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

⁷ Según el apartado 1 del art. 5 LCPHSI: «Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor».

⁸ Concretamente la tercera cuestión prejudicial se planteó de la forma siguiente: «¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia

del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?»

⁹ Puede consultarse esa información publicada en la página web del Banco de España en <https://www.bde.es/wbe/es/para-ciudadano/tablon-de-anuncios/comisiones-y-tipos-de-interes-de-los-servicios-financieros/>, estando el comparador entre entidades accesible en https://app.bde.es/csfcwciu/csfcwciuias/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_Inicio-MenuWeb2# (fecha de última consulta: el 14 de julio de 2023), en el apartado «Servicios financieros más frecuentes» y después el subapartado «Comparación entre entidades para una fecha», permitiendo hacer una comparación entre varias entidades, en un determinado trimestre que se quiera seleccionar a partir de 2012, y por distintas operaciones o servicios financieros. Por ejemplo, consultando los préstamos hipotecarios, se señala qué comisión de apertura han aplicado en tales préstamos las distintas entidades bancarias que se ha indicado para comparar en ese trimestre seleccionado; o también puede optarse por seleccionar todos los bancos y todos los servicios financieros y el documento excel que puede descargarse con la comparativa aportará información completa de todo ello para ese trimestre seleccionado. Muy probablemente esta información es a la que se habrá acudido por el Tribunal Supremo; pero de ser así no se entiende por qué no lo ha indicado expresamente pues es una cuestión de transparencia e información que, además, daría una referencia clara de actuación posterior a otros tribunales sobre ese juicio de proporcionalidad.

¹⁰ *Vid.*, a este respecto, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2023). A vueltas sobre la usura en los créditos revolving. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, mayo-junio de 2023, pp. 1832-1860.

1.6. Responsabilidad Civil

La responsabilidad del cedente en la cesión de créditos. Análisis de los artículos 1529 y 1530 del código civil

The assignor's liability in the assignment of receivables. Analysis of the Articles 1529 and 1530 of the Civil Code

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN: El presente trabajo analiza un breve estudio jurisprudencial sobre el contenido y alcance de la responsabilidad del cedente cuando transmite su derecho de crédito al cesionario. Conforme al artículo 1529 el cedente responde siempre de la existencia y legitimidad del crédito, cedido, teniendo su responsabilidad un alcance mayor si existía mala fe por parte del cedente. Además, también responde de la solvencia del deudor cedido si hubiera habido un acuerdo con el cesionario en este sentido o bien si la insolvencia del deudor fuera anterior y pública al contrato de cesión, requisitos originales del Derecho español que se analizan en este trabajo, para los cuales el art. 1530 señala un plazo de garantía.

ABSTRACT: *This paper analyses a brief case study on the content and scope of the assignor's liability when transferring its receivable to the assignee. According to article 1529, the assignor is always responsible for the existence and legitimacy of the receivable, assigned, and for a greater extent of responsibility if there was bad faith on the part of the assignor. In addition, it is also responsible for the solvency of the assigned debtor if there had been an agreement with the assignee in this regard or if the insolvency of the debtor was prior and public to the assignment contract, original requirements of Spanish law that are analyzed in this work, for which art. 1530 marks a warranty term.*

PALABRAS CLAVES: Cesión de créditos; responsabilidad del cedente; existencia y legitimidad del crédito; insolvencia del deudor cedido; duración garantía.

KEY WORDS: the assignment of credit rights; the assignor's liability; the existence and legitimacy of the assigned receivable right; the insolvency of the assigned debtor; the duration of the security.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RELACIÓN ENTRE CEDENTE Y CESIONARIO.—III. LA RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE EN GENERAL.—IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE POR LA EXISTENCIA Y LEGITIMIDAD DEL CRÉDITO. *LA VERITAS NOMINIS*.—V. RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE POR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO. *LA BONITAS NOMINIS*. 1. LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO. 2. DURACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR EN EL CEDENTE DE BUENA FE. ARTÍCULO 1530. 3. GARANTÍA POR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO CUANDO SE TRATA DE CEDENTE DE MALA FE.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de créditos, regulada en todos los Códigos civiles europeos, es una figura a través de la cual se transmite la titularidad, total o parcial, de un derecho de crédito de un sujeto a otro. Dicha transmisión está amparada por el principio general de libre transmisibilidad de los derechos, regulado en el artículo 1112 del Código civil (STS 12 de noviembre de 1992, RJ 1992\9582). Una vez que se produce la transmisión se cambia la persona del acreedor, de manera que desaparece el anterior acreedor (cedente) y se coloca en su lugar el nuevo (cesionario). El cambio de acreedor en ningún caso produce una alteración de la relación jurídica y, por lo tanto, no pueden quedar afectados ni el deudor cedido ni los terceros (STS 26 de octubre de 2012, RJ 2012\10137).

Dicha transmisión, a pesar de su colocación sistemática en el capítulo del contrato de compraventa, puede realizarse por cualquier título o causa (onerosa, gratuita, de financiación o de cobro), conforme señala la STS de 30 de abril de 2007, RJ 2007\3558). Es unánime señalar que la colocación de la cesión dentro de la compraventa no es más que una consecuencia de la influencia durante la Codificación del Código civil francés, pero en ningún caso es adecuada (STS de 25 de enero de 2008, RJ 2008\307). De hecho, podemos observar que en las diversas tentativas de modificación se saca de la compraventa y se coloca en la parte general de las obligaciones, como supuesto de modificación subjetiva de la obligación¹.

En realidad, la cesión de un crédito es una categoría de contratos con diferentes causas unidos por un elemento común: el crédito. Dicha cesión, normalmente será total, es decir, el cedente transmite todo el derecho de crédito, pero puede ocurrir que sea parcial atendiendo a la causa del contrato (garantía, creación de mancomunidad en el crédito).

II. LA RELACIÓN CEDENTE-CESIONARIO

La cesión de créditos se perfecciona entre las partes intervinientes, cedente y cesionario, a través del mero consentimiento entre ellos (arts. 1526 y siguientes

CC y 347-348 CCom), sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo (STS14 de febrero de 2009 —sin perjuicio de los requisitos necesarios para que produzca efectos frente a terceros, conforme al art. 1526 CC o frente al deudor cedido a efectos de pago liberatorio (arts. 1164 y 1527 CC). Respecto al deudor es unánime la doctrina recogida en la STS de 20 de abril de 2023 (RJ 2023\731), según la cual la cesión de créditos “puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento, el hecho a favor del cedente”² (sentencia de 23 de octubre de 1984 RJ 1984\4972).

Perfeccionada la cesión entre cedente y cesionario, como ha señalado la STS de 5 de octubre de 2020 (RJ 2020\3768), siguiendo a la STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007\3558), hay tres efectos jurídicos principales:

- Adquisición por el cesionario de la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía con el cedente (STS 18 de julio de 2005, RJ 2005\9243)
- El deudor queda obligado a pagar al nuevo acreedor (STS 13 de julio de 2004, RJ 2004\4671).
- El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que tuviera frente al cedente (STS 21 de marzo de 2002, RJ 2002\2526).

Ello supone, como ha señalado recientemente la STS de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021\4961), que el cesionario, en vía de principios, “puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor sólo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)”.

La cesión, como categoría de contratos, ha de reunir para su validez, los requisitos legales exigidos por la ley. Tanto los generales para todos los contratos conforme al art. 1261: a) Consentimiento válido y sin vicios; b) Objeto presente o futuro, pero lícito y que esté en el comercio; y c) causa lícita; como los específicos atendiendo a su causa y tipo de objeto.

A pesar del artículo 1526, hemos de señalar que la cesión no requiere ningún requisito de forma para su validez, pues es opinión común que la exigencia de fecha cierta del 1526,1.º CC no es más que un requisito de oponibilidad frente a los terceros, esto es, de forma ad probationem cualificada o forma ad utilitatem, y es claro que ha de observarse una determinada forma escrita en la que se plasme la fecha cierta. Podemos señalar que la exigencia de forma está en relación con el art. 1279 CC y es un requisito de oponibilidad que permite salvaguardar el interés de los terceros evitando fraudes y simulaciones, así como permite al cesionario conservar su titularidad. Es más, la particularidad de forma en el párrafo 2.º del 1526 CC, donde se exige la inscripción en el Registro de la Propiedad para contar la certeza de la fecha si se trata de un inmueble está pensado para la cesión del crédito hipotecario, donde los arts. 1878 CC y 149 LH exigen la inscripción del cambio de acreedor hipotecario para beneficiarse de la protección registral y poder actuar en casos de ejecución hipotecaria (art.130 LH) (STS 20 de abril de 2021 (RJ 2021\1850). Como ya señaló el TS en STS de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9209), en la cesión del crédito hipotecario “ni la inscripción de la cesión ni su notificación tienen carácter constitutivo”, y, la omisión de los requisitos de forma establecido” en el art. 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad.

Señalado esto, vemos que la cesión y la transmisión del crédito entre cedente-cesionario se produce a través del consentimiento entre las partes, sin necesidad de ningún otro interviniente o formalidad, salvo alguna excepción. Igualmente, hay que señalar, que aunque el Código no dice nada actualmente, el cedente está obligado a proporcionar al cesionario la documentación y ayuda necesaria para hacer efectivo el cobro del crédito³

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE EN GENERAL

Una vez transmitido el crédito, el artículo 1529 señala como regla general los supuestos de responsabilidad del cedente frente al cesionario. Así señala: *“El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente o de que la insolvencia fuese anterior y pública.*

Atún en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1.º del artículo 1518.

El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios.”

El art. 1529 regula las relaciones entre cedente y cesionario respecto a la responsabilidad del cedente por la existencia y legitimidad del crédito objeto de la cesión. Pero, también regula la posible responsabilidad del cedente o transmitente cuando se ha garantizado la solvencia del deudor cedido.

Como también regula, la garantía por la solvencia del deudor cedido. Atendiendo al acuerdo de las partes podemos hablar de dos tipos de responsabilidad del cedente de buena fe⁴:

Responsabilidad por la *veritas nominis*, esto es, por la existencia y legitimidad del crédito cedido.

Responsabilidad por la *bonitas nominis*, es decir, por la insolvencia del deudor cedido si así se ha pactado, pues la regla general, es que el cedente no responde de la posible insolvencia del deudor. Sólo en caso de pacto voluntario con el cesionario puede hacerlo, o bien, cuando la insolvencia del deudor sea anterior y pública. El Tribunal Supremo, en STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6046), considera en este punto que “el artículo 1529 del CC, es una norma, que como el artículo 348 CCO caracteriza la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva y, por consiguiente, entregada a la autonomía de la voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación.”

En ambos casos, se parte por el legislador de la idea de buena fe del cedente, presunción lógica, pues no debemos olvidar que nuestro legislador siempre parte de la buena fe de las partes. En todo caso, si no hubiera buena fe, sino mala fe no cabría eximirlo de responsabilidad. El tema de la buena o mala fe lo veremos más adelante.

Una de las cuestiones que se plantean en este punto es ¿Cuándo se aplica el artículo 1529? ¿Ante cualquier causa de la cesión?

En principio así podría pensarse. No obstante, debemos recordar que la cesión es un contrato de causa variable que puede realizarse por diversos títulos y eso ha de influir en la posible responsabilidad del cedente. Así, es opinión común en la doctrina y en la jurisprudencia que el artículo 1529 sólo puede aplicarse en los

casos de cesión onerosa, opinión lógica dado que la cesión, tal y como se regula hoy en nuestro Código civil, está pensada con un título oneroso, y, más concretamente, con un título de venta⁵. En este sentido, es significativa la STS de 10 de julio de 2012 donde se señala: "...conforme a los antecedentes históricos y la interpretación sistemática del precepto, su inserción en el contenido negocial de la cesión se perfiló como una obligación derivada de la transmisión del crédito, según el modelo o pauta del instituto del saneamiento de la compraventa. En este sentido, aunque en rigor no quepa establecer una equiparación absoluta con dicho instituto, entre otras razones, por la distinta naturaleza de los derechos en cuestión, no obstante, tanto su configuración negocial como las consecuencias jurídicas derivadas de esta obligación ex lege de garantía, obtienen su más lograda justificación en atención al contexto anteriormente enunciado...si...deslindamos en el tenor del artículo 1529 del CC las dos facetas en las que se desenvuelve la llamada garantía por la bonitas nominis observaremos como, junto a su configuración como un auténtico "riesgo" normalmente derivado del negocio celebrado, según la regla "periculum est emptoris, su concreción respecto a la lesión del crédito responde al esquema lógico implícito en el contenido obligacional relativo al saneamiento en la compraventa".

Por lo tanto, el cedente no responde en los términos del 1529 en los casos en que la cesión se haya realizado a título gratuito, como tampoco se aplica a las cesiones para pago de deudas, tal y como señaló la STS de 10 de julio de 2012. Si la cesión del crédito es a título gratuito, debemos aplicar la normativa de la donación y, en nuestro caso, acudir al artículo 638 del Código civil donde el cedente donante está exonerado de responsabilidad por saneamiento al no recibir ninguna contraprestación como consecuencia de su disposición patrimonial y, por tanto, el cesionario no podrá pretender nada al no haber contraprestación.

En estos casos, no obstante, hay algunas excepciones donde el cedente puede responder a pesar de cederse el crédito a título gratuito⁶. Estas excepciones son las siguientes:

1. Responsabilidad del cedente cuando asume expresamente la responsabilidad por la existencia y legitimidad del crédito frente al donatario-cesionario. Es algo lógico por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).
2. Responsabilidad del cedente-donante cuando ha actuado con dolo (art. 1102 CC), esto es, cuando el donante ha cedido el crédito con el ánimo de perjudicar al cesionario.
3. Responsabilidad del cedente cuando se ha realizado una donación remuneratoria (art. 638,2.º CC), pues el cedente-donante será responsable por la prestación que haya recibido del cesionario.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE POR LA EXISTENCIA Y LEGITIMIDAD DEL CRÉDITO. *LA VERITAS NOMINIS*

El art. 1529,1.º siguiendo a los modelos francés e italiano en el momento de la Codificación estableció la responsabilidad del cedente por la existencia del crédito cedido. Esto suponía la responsabilidad del cedente por la existencia del crédito

cedido al tiempo de la cesión, esto es, que había nacido y subsistía en vigor, sin extinguirse por ninguna causa en el momento de realizarse la transmisión.

No obstante, esta consideración de la existencia del crédito, dejaba muchas dudas en la doctrina española y comparada, que ya se había visto durante todo el periodo codificador⁷. Por ello, GARCÍA GOYENA en el Proyecto de 1851 había ampliado el supuesto de responsabilidad del cedente añadiendo a la responsabilidad por la existencia, la responsabilidad por la legitimidad del crédito, siguiendo el modelo del Código civil portugués de 1865 (art. 794).

Ante esta extensión, hoy día conforme a lo que señala la doctrina podemos decir que:

a) La existencia del crédito cedido al tiempo de la cesión implica que el crédito tenga realidad y que pertenezca al cedente, sin que se haya extinguido por cualquier causa en el momento de la cesión. La pertenencia del crédito al cedente se ha negado por algunos autores. No obstante, la jurisprudencia lo defiende como podemos ver en la STS de 31 diciembre de 1958 que afirmó que “el cedente necesita garantizar la existencia del crédito, pues de otro modo faltaría el elemento esencial del contrato” y “garantizar la existencia del crédito significa que el crédito sea verdadero, es decir, que exista, que no sea anulable o rescindible y que sea propio del cedente”

Esto puede llevar a negar la posibilidad de la cesión de créditos futuros, como así se manifestó NAVARRO PÉREZ⁸. Tal afirmación no puede compartirse, pues se admite la posibilidad de cesión total, parcial o limitada (prenda) de créditos futuros siempre que se acuerde por las partes. En el mismo sentido, y conforme a la doctrina y legislación comparada, la reciente Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos, admite la cesión de créditos futuros⁹.

La existencia del crédito con titularidad del cedente debe distinguirse de la cesión de un crédito ajeno. En el primer caso, aplicaremos la responsabilidad del 1529 CC, pero en el segundo, si el cedente cede un crédito que no es suyo se podría aplicar el saneamiento por evicción, art. 1475, si bien sólo en aquellos supuestos en que el cesionario se ve privado de la titularidad del derecho por un tercero en un procedimiento judicial. En el resto de los casos no cabrá posibilidad de cumplimiento por parte del cedente y se acudirá a las normas de incumplimiento de la obligación, donde influirá el conocimiento o no por parte del cedente y cesionario de la ajeneidad del crédito cedido.

b) La legitimidad del crédito hace referencia a la naturaleza de la cosa, concretamente implica, en palabras de NAVARRO PÉREZ¹⁰, que sea reclamable por su propia naturaleza, se haya contraído conforme a las reglas jurídicas y sea un título hábil de obligación. Todo implica su válida constitución sin ningún vicio de nulidad al tiempo de la cesión.

Nosotros hemos distinguido existencia y legitimidad del crédito cedido, tal y como lo hace el texto legal. Sin embargo, algunos autores consideran que se trata de términos semejantes y sinónimos¹¹.

Si se produce un incumplimiento del cedente en caso de existencia o legitimidad del crédito cedido frente al cesionario, el artículo 1529 CC señala el alcance de la responsabilidad del primero, pero lo hace atendiendo a la buena o mala fe

del cedente. Por ello, antes de ver el alcance de la responsabilidad del cedente, deberemos fijar qué se entiende por buena o mala fe del cedente en estos casos.

El cedente será de buena fe en aquellos casos en que está en la creencia de la existencia y legitimidad del crédito cedido, de manera que no engaña ni oculta ningún dato al cesionario. Igualmente, como hace NAVARRO PÉREZ¹², implicaría la ignorancia por el cedente de la insolvencia del deudor, la falta de existencia o la falta de legitimidad del crédito cedido.

Por el contrario, hablaremos de cedente de mala fe en aquellos casos en que conoce las causas que afectan a la existencia y legitimidad del crédito y que harán inefectiva la cesión¹³. Una cuestión que se ha planteado en este punto es si la mala fe siempre conlleva engaño o no es necesario. El engaño o dolo conforme al artículo 1269 implica intencionalidad por parte del cedente, lo que implica que siempre que exista dolo habrá mala fe. Sin embargo, no siempre que exista mala fe va a existir dolo o engaño. De acuerdo con NAVARRO PÉREZ, podríamos señalar que la existencia de mala fe sin más en el cedente sería similar al dolo genérico, mientras que la existencia de mala fe con engaño o dolo sería un supuesto de dolo específico¹⁴. Suscribiendo esta postura podemos ver la STS de 31 de diciembre de 1958 donde se recoge un supuesto de mala fe sin dolo o engaño: “el cedente conoce que el deudor cedido negaba la efectividad del crédito, silenciándolo y realizando la cesión al cesionario”.

Señalado este punto vamos a exponer la extensión de la responsabilidad del cedente, según su buena o mala fe.

— Alcance de la responsabilidad del cedente de buena fe. Conforme señala el artículo 1529, el cedente debe abonar al cesionario:

- a) El precio que recibió del cesionario. Como podemos comprobar se trata de abonar al cesionario lo que pagó por el crédito cedido, no su valor nominal, sino lo que pagó realmente. En la mayoría de los casos, coincidirá el precio con su valor nominal, pero no siempre.
- b) Los gastos señalados en el art. 1518, 1.º CC: gastos del contrato y cualquier otro gasto legítimo para la cesión. En el primer caso, los gastos del contrato, se incluyen todos los gastos de documentación de la cesión, pago de impuestos, etc. No se incluyen, salvo pacto, gastos de aseguramiento de intereses y otros seguros voluntarios del cesionario, como tampoco incluye gastos judiciales que pueda haber realizado el cesionario. Estas exclusiones se han criticado por la doctrina como injustas, no obstante, siguiendo a DIEZ-PICAZO consideramos que se podrían incluir tales gastos a través de la denominada “culpa in contrahendo”¹⁵

— Alcance de la responsabilidad del cedente de mala fe. La mala fe, como en todos los casos de responsabilidad, agrava la situación del cedente aumentando la extensión de la responsabilidad del cedente. En estos casos, sería nulo cualquier acuerdo de exclusión o reducción de responsabilidad. Así, conforme al artículo 1529 el cedente responde:

— De todos los gastos que realizó el cesionario como consecuencia de la cesión. Esto incluye no sólo el precio de la cesión y los gastos señalados en el art. 1518, 1.º CC, sino también todos los gastos que haya realizado el cesionario a consecuencia de la cesión: intereses dejados de percibir, seguros, gastos judiciales, gastos necesarios para la defensa, conservación y efectividad del crédito judiciales y extrajudiciales¹⁶.

— Daños y perjuicios producidos por la inexistencia o ilegitimidad del crédito. En materia de responsabilidad incluirá no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante en su caso.

En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1958 señala: “La cesión del crédito con conocimiento del cedente de que el deudor cedido negaba su efectividad, a pesar de lo que, silenciando esta circunstancia, la llevó a efecto, califica su mala fe y origina las responsabilidades determinadas en el artículo 1529, consistentes, según el tenor obligatorio del precepto, en el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados al cesionario”.

En ambos casos, de buena o mala fe del cedente, es unánime la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia de que la responsabilidad del cedente por la existencia y legitimidad del crédito se extiende a los accesorios y beneficios, pues estos acompañan al crédito (art. 1528 CC) y sin ellos disminuiría el valor del crédito perjudicando al cesionario. Tales accesorios y beneficios son los existentes al tiempo de la cesión, en ningún caso se pueden incluir los beneficios por la eficacia de hecho de los mismos, como podría ser la responsabilidad por la solvencia del fiador¹⁷.

La única exclusión legal a la aplicación del art. 1529, 1.º es la cesión del crédito como dudoso. Es una exclusión lógica en la que el cesionario asume el riesgo en torno a la aleatoriedad del objeto de la cesión. El cesionario conoce que el crédito es dudoso, no sabe si existe o no o si tiene alguna causa de extinción, pero como crédito tiene un valor patrimonial, al conocer el riesgo y asumirlo por habérselo dicho el cedente también sabe que paga por él menos de su valor nominal, de ahí que se le excluya de responsabilidad al cedente, pues es el mismo caso del art. 1477 CC¹⁸. En este sentido, la STS de 10 de mayo de 2021 (RJ 2021\2076) considera que si “se vende como dudoso un crédito cesa la responsabilidad del cedente, dándole un carácter aleatorio, lo que se manifestará en una rebaja del precio de la cesión, el cesionario conocía el carácter dudoso del crédito y conocía su litigiosidad”.

Aunque la ley no lo recoge, conforme a lo que señala NAVARRO PÉREZ, ha de admitirse también la exclusión de responsabilidad del cedente en caso de acuerdo entre las partes, conforme al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). El cedente desconoce los datos del crédito y la situación del deudor cedido y el cesionario asume totalmente el riesgo, lo que implicará una reducción del importe de la cesión considerable.

V. RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE POR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO. LA BONITAS NOMINIS

1. LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO

La bondad del crédito hace referencia a la solvencia del deudor. Respecto a este punto, el artículo 1529 CC exime al cedente de buena fe de responsabilidad en caso de insolvencia del deudor cedido, salvo que se hubiese estipulado expresamente o bien en los casos en que la insolvencia del deudor fuese anterior y pública. Pero, el cedente de mala fé responderá siempre de la insolvencia del deudor

cedido¹⁹ en los mismos términos que en los casos de existencia y legitimidad del crédito que hemos señalado anteriormente.

La regla general, en principio, es que el cedente de buena fe no responde de la solvencia del deudor deudor pero el cedente de mala fe siempre responderá de la insolvencia del deudor cedido.

A pesar de tal regla, hay dos excepciones a la exención de responsabilidad para el cedente de buena fe:

1. Pacto de responsabilidad entre cedente-cesionario²⁰. En estos casos, el cedente asume el riesgo de insolvencia por pacto. Dicho pacto es de carácter singular o peculiar, pues lo que hace el cedente es asumirlo voluntariamente y acordar con el cesionario la posible resolución del contrato de cesión si se produce el incumplimiento del deudor cedido por insolvencia. Con ello refuerza el valor del crédito y la posición del cesionario, lo que provocará, en palabras de NAVARRO PÉREZ, un aumento del precio de la cesión²¹. En dicho pacto se puede establecer el alcance de dicha responsabilidad así como las condiciones. La razón, es que se trata de una responsabilidad subsidiaria para el caso de que el deudor cedido no pague. Puede excluirse porque sólo afecta a la esfera interna de la relación entre cedente y cesionario y la insolvencia del deudor cedido está en el contenido natural de la cesión, como un riesgo derivado del negocio celebrado. La insolvencia es comparable al vicio de la cosa en la compraventa.

2. Excepcionalmente se alude por ley a la responsabilidad del cedente frente al cesionario cuando la insolvencia del deudor cedido es anterior a la cesión y pública. Ello es debido a que, como señala GARCÍA CANTERO, estamos ante un caso de responsabilidad objetiva para proteger al adquirente del crédito, y juega con independencia de la buena o mala fe del cedente. Esta responsabilidad por la bonitas *nominis* supone la resolución del contrato de cesión, con base en el 1518, 1.º CC. Por su parte, TORRALBA SORIANO²², en este aspecto señala como el hecho objetivo de la insolvencia anterior y pública es el que provoca la responsabilidad del cedente, con independencia de su actitud dolosa o no, el cedente sólo puede evitar su responsabilidad demostrando que la insolvencia no era anterior o no era pública o ambas cosas.

No obstante, hay opiniones en contra y muy críticas, como la de DIEZ-PICAZO que no comprende como se hace responsable al cedente por insolvencia anterior y pública de la cesión, pues si era pública debía conocerla también el cesionario. En sentido similar, NAVARRO PÉREZ, señala que no tiene sentido relacionar la buena fe del cedente con la insolvencia anterior y pública del deudor cedido. Además, no es justa la limitación de responsabilidad, porque la insolvencia es conocida o podría serlo por el cedente y no se explica entonces la buena fe del cedente, ya que la finalidad que persigue con la cesión es obtener la liberalización con beneficio por su parte de un crédito irrealizable, sin detenerse en la consideración de los perjuicios que pueda originar al cesionario.²³

La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública se introdujo en el Proyecto de 1851 por GARCÍA GOYENA, como original del Derecho español y atendiendo a los antecedentes de la cesión en el Derecho romano y en nuestro propio Derecho histórico. La explicación dada por GARCÍA GOYENA está en que “cuando la solvencia anterior es notoria o pública, se presume *iuris et de iure* que lo sabrá el deudor (cedente). Si no fuera pública, el acreedor (cesionario) habrá de

probar que el deudor lo sabía; en ambos casos habrá dolo por parte del deudor y las leyes no favorecen a los dolosos”.

La exigencia de esta responsabilidad implica:

- a) Situación de insolvencia por parte del deudor cedido. La insolvencia es una situación de carencia de bienes para hacer efectiva la realización del crédito cedido. Por ello, la insolvencia ha de ser real y efectiva demostrando el cesionario que ha perseguido o ha intentado perseguir el patrimonio del deudor sin conseguir nada por estar el deudor en situación de concurso.
- b) Situación de insolvencia previa o anterior a la realización de la cesión entre cedente y cesionario. Si bien, como ha señalado la doctrina, también podría ser coetánea a la cesión, pues como señala NAVARRO PÉREZ, la insolvencia es un estado duradero cuya generación y mantenimiento no es inmediata ni espontánea²⁴.
- c) Insolvencia anterior y pública: El carácter de publicidad de la insolvencia ha sido discutido. Un sector considera que la insolvencia pública alude a su conocimiento por todas las personas; para otro sector, el carácter público de la insolvencia significa que ésta situación ha de haber sido declarada oficialmente (juicio de insolvencia con sentencia firme). Atendiendo a los términos legales y al origen del precepto, tiene más sentido la primera interpretación, la situación de insolvencia debe ser conocida por todos.

La buena o mala fe del cedente en estos casos se concreta en el conocimiento o no, al tiempo de la cesión, del estado de insolvencia anterior y pública del deudor cedido. En base a esto, el Código señala el alcance de la responsabilidad del cedente, una responsabilidad de carácter totalmente objetivo, pues basta la insolvencia para que exista responsabilidad. Como señala GARCÍA CANTERO, esta norma en este punto fija una responsabilidad de carácter objetivo porque es una norma que tiende a la protección del adquirente de un crédito²⁵

1. En el supuesto de buena fe del cedente (párr. 2º del artículo 1529), la obligación de garantía funciona de un modo análogo a una pretensión restitutoria, concretándose en el reembolso de los gastos previstos en el número primero del artículo 1518 del CC: “Los gastos del contrato realizado y cualquier otro pago legítimo hecho para la celebración del negocio”. El alcance de la responsabilidad es igual que en los casos explicados anteriormente, pues la norma del 1529, 2.º es una norma imperativa y sólo opera en los límites que se señalan en ella, sin poder sobrepasarlos, como forma de equilibrar los intereses de las partes.

No obstante, como ha señalado el Tribunal Supremo en STS de 10 de julio de 2012, dando por supuesto la existencia de buena fe en el cedente y a falta de un acuerdo expreso respecto de la supuesta buena fe y a falta de estipulación expresa respecto de su exclusión, la insolvencia anterior del deudor del crédito cedido, acompañada de su carácter público, determina una presunción de *iuris et de iure* de responsabilidad que sirve de fundamento a la pretensión restitutoria del cesionario en los términos previstos por el núm. 1 del artículo 1518 del CC. El carácter “anterior de la insolvencia” da sentido al presupuesto material de la lesión del crédito, mientras que la nota de “publicidad” configura de modo objetivo el régimen de responsabilidad.

2. En el supuesto de mala fe del cedente, la obligación de garantía aumenta la tendencia indemnizatoria la cual se concreta “en el pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios derivados” (párr. 3º del artículo 1529)

La existencia de mala fe en el cedente, cuando se trata del resarcimiento de daños y perjuicios, y con independencia de que la insolvencia sea o no pública, según señala el Tribunal Supremo, requiere de un presupuesto subjetivo y no presunto que viene determinado por la responsabilidad del cedente en cuanto tuvo conocimiento real de la situación de insolvencia del deudor, por lo que el cesionario deberá probar la *scientia* del cedente en este punto.

Por supuesto cuando la falta de realización del crédito se ha producido por negligencia del cesionario, aún existiendo pacto de garantía de la solvencia del deudor, no responderá el cedente porque hay culpa del cesionario. Esto es totalmente justificable y se ha recogido expresamente por el legislador italiano tras la reforma de 1942, en su artículo 1267 CC.

En un sentido similar a la interpretación dada a este supuesto, la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos de 2023 recoge un precepto propio para la responsabilidad por insolvencia del deudor en el art. 1204: “Artículo 1204: Solvencia del deudor

1. *El cedente solo responde de la solvencia del deudor cuando la ley lo determine o así se haya pactado.*

2. *Tal responsabilidad se limitará a la restitución de lo recibido del cesionario, con sus intereses o frutos, y al reembolso de los gastos de la cesión y de los razonablemente realizados por el cesionario para cobrar del deudor.*

3. *Cuando la insolvencia del deudor fuera anterior a la cesión y al tiempo de esta el cedente la conociera o no pudiera ignorarla, el cedente responderá, además, de los daños causados al cesionario. Esta regla no se aplicará cuando el cesionario conociera o no pudiera ignorar la insolvencia.*

4. *La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando en la falta de realización del crédito hubiera concurrido negligencia del cesionario en la reclamación del cumplimiento”*

2. DURACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR EN EL CEDENTE DE BUENA FE. ARTÍCULO 1530

Conforme al artículo 1530 “*Cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor, y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta sólo un año, contado desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo.*

Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento.

Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los diez años, contados desde la fecha de la cesión”.

Hay que partir de que la norma del artículo 1530 se fija en la duración de la garantía asumida por el cedente siempre que éste así lo haya estipulado con el cesionario y no hayan fijado plazo concreto alguno. De manera que establece una serie de normas de carácter subsidiario y dispositiva, “a falta de pacto entre

las partes". La razón, según la jurisprudencia es que si las partes fijan una distribución del riesgo de insolvencia en la cesión ayuda en una mejor inteligencia del contrato así como en la mejor determinación de la voluntad de los contratantes, señalar su duración. Por ello, el Tribunal Supremo en la STS de 10 de julio de 2012 señala que el Código limita la duración de la nueva obligación del cedente de garantía de la solvencia del deudor si nada se hubiera concretado por las partes en los términos del 1530. La razón de establecer un plazo, si no se concreta en el acuerdo, es porque la responsabilidad se fija y acuerda entre las partes del contrato de cesión, cedente y cesionario (STS de 29 de diciembre de 2006)

El plazo señalado por el Código, a falta de pacto, hace referencia a la exigencia de responsabilidad del cedente en caso de insolvencia del deudor. Por ello considero que es un plazo de garantía de la solvencia del deudor cedido que debe coincidir con el plazo de ejercicio de la acción por parte del cesionario si se da el supuesto de hecho²⁶. De hecho, GARCÍA GOYENA²⁷ justificaba este precepto porque no se podía hacer pender indefinidamente la responsabilidad por la solvencia dejando al arbitrio del cesionario reclamar el crédito al momento que estimase oportuno; y, porque no se concreta la garantía en el momento de la cesión en beneficio del cesionario pues a veces no puede hacerlo o podría tener motivos para esperar ejercitarlo en momento posterior.

Los plazos señalados en el Código civil, art. 1530, son todos plazos de prescripción que pueden ser interrumpidos, pero al ser fijados por ley no pueden prorrogarse voluntariamente por las partes²⁸.

Tales plazos son los siguientes:

a) Un año desde la cesión cuando el crédito cedido estaba vencido al tiempo de la cesión.

No importa la fecha de vencimiento del crédito, sólo se tiene en cuenta la fecha de la cesión y desde ese momento se cuenta la fecha de garantía y de ejercicio del derecho frente al cedente.

b) Un año después del vencimiento cuando el crédito cedido aún no estaba vencido al tiempo de la cesión.

Si al tiempo de la cesión el crédito no estuviera vencido, pero se produce después y el cesionario no puede cobrar, a partir de ese momento hay que contar el plazo del año para reclamar la responsabilidad al cedente.

La doctrina considera que este plazo será también aplicable a los casos de créditos sometidos a condición suspensiva: un año desde el cumplimiento de la obligación²⁹

c) Diez años desde la fecha de la cesión cuando el crédito cedido consiste en renta perpétua.

El plazo para el cobro de renta perpétua es de 10 años desde la fecha de la cesión, de manera que se limita la garantía del cedente.

Ciertamente que en este punto se plantean una serie de problemas como:

— ¿Cuál es el plazo de la garantía si sólo se cobran rentas en parte, es decir, hasta un año antes de cumplirse los diez años?. Parece que el plazo legal debe atenderse y fijar como tope el de 10 años, puesto que la norma busca la protección del cesionario como adquirente.

— ¿Debe responder el cedente por todo lo que se debe respecto a la renta perpétua?. Es algo muy complicado, pues la renta perpétua no dura sólo diez años

y como señala NAVARRO PÉREZ, puede ser una carga excesivamente onerosa imponerlo al cedente. Parece que conforme al 1530,3.º habría de responder proporcionalmente a los años que aún quedasen de duración de la garantía.

— ¿Qué ocurre con otro tipo de rentas temporales que no son rentas perpétuas?. Puede ocurrir que sean rentas vitalicias que se cobran durante un plazo superior a los 10 años. Parece que deberían garantizarse como en el caso anterior, durante los 10 años de garantía desde la cesión.

— ¿Y si fuese un crédito único fraccionado en plazos?. ¿Aplicamos los 10 años máximo, o el plazo de un año a cada pago fraccionado? Parece más lógica esta segunda opción, a cada vencimiento se le aplicará la regla del plazo de un año.

3. GARANTÍA POR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR CEDIDO CUANDO SE TRATA DE CEDENTE DE MALA FE.

El Código civil en su art. 1529 sólo alude a la responsabilidad del cedente de buena fe y a él queda limitado el plazo del art. 1530 cuando asume su solvencia. Cuando el cedente es de mala fé será responsable siempre no sólo por los términos del 1518, 1.º sino como señala el art. 1529 por todos los gastos y daños y perjuicios.

En estos casos, la extinción de la garantía no puede estar sometida a los plazos del art. 1530 CC, donde se trata de equilibrar los intereses de las partes, siendo el cedente de buena fe, sino que han de aplicarse los plazos generales de prescripción de los derechos.

VI. CONCLUSIONES

La cesión de créditos, tal y como se regula en el Código civil, prevé la garantía para el cesionario en torno a la existencia y legitimidad del crédito, así como por la solvencia del deudor si ha habido pacto o esa insolvencia es anterior y pública.

La garantía por la legitimidad del crédito es una originalidad del legislador español para cubrir supuestos que no encajaban en la existencia del crédito.

La garantía del cedente respecto a la solvencia del deudor es un caso de responsabilidad subsidiaria que, si no ha previsto plazo, queda imperativamente limitada por la ley en el art. 1530 siempre que el cedente sea de buena fe.

El cedente de buena fe siempre responde frente al cesionario de la solvencia del deudor si el deudor cedido estaba en situación de insolvencia anteriormente a la cesión y dicha insolvencia era pública o conocida.

El cedente de mala fe tiene extendida su responsabilidad siempre frente al cesionario, y en los casos de insolvencia queda sometido a las normas generales de incumplimiento y prescripción de las obligaciones.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA UTILIZADA

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN 1.ª: Propuesta de Modificación y modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, Ministerio de Justicia, mayo 2023.

DIEZ-PICAZO, L: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, Tecnos, 1972.

GARCÍA CANTERO: Comentarios del Código civil y compilaciones forales, T. XIX, dirig. Por Albaladejo, Madrid, Edersa, 1980.

GARCÍA GOYENA: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid, 1852.

MANRESA: Comentarios al Código civil español, T. X, Madrid, 1950.

NAVARRO PÉREZ, JL: La cesión de créditos en el derecho civil español, Granada, Comares, 1988.

SCAEVOLA: Código Civil, comentado por Bonet Ramón, T. XXIII.

TORRALBA SORIANO, "La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico-crítico)", en Homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, pp. 453 y ss.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

- 20 de abril de 2023
- 3 de noviembre de 2021
- 10 de mayo de 2021
- 20 de abril de 2021
- 5 de octubre de 2020
- 26 de octubre de 2012
- 10 de julio de 2012
- 14 de febrero de 2009
- 5 de noviembre de 2008
- 25 de enero de 2008
- 30 de abril de 2007
- 29 de diciembre de 2006
- 18 de julio de 2005
- 13 de julio de 2004
- 21 de marzo de 2002
- 23 de noviembre de 1993
- 12 de noviembre de 1992
- 23 de octubre de 1984.
- 31 de diciembre de 1958

NOTAS

¹ La reciente propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos se dice en el prólogo como se da una nueva redacción y fuera del contexto de la compraventa a la cesión de créditos. Y, en la Exposición de Motivos se señala: "en los Capítulos VII, VIII, IX, y X se ha tratado de ordenar y actualizar la regulación de las figuras jurídicas destinadas a modificar o a extinguir la relación obligatoria, con el fin de adaptar las reglas en esta materia a una época en la que la circulación de las obligaciones en el tráfico resulta muy habitual, por lo que debe ser convenientemente reglada y puesta al día. En particular, se han introducido en este lugar, mucho más adecuado que el actual en materia de compraventa, las normas en materia de cesión de créditos, figura de gran interés práctico y que ya había sido traída al Título I en la PM 2009".

² En este sentido, vid. también la STS de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984\4972). Esto mismo se ha recogido en la recientemente publicada Propuesta de Modernización del Código Civil de Obligaciones y contratos de mayo de 2023 en el artículo 1200: "Artículo 1200: Requisitos y fecha de la cesión

1. La transmisión del crédito tendrá lugar en el momento en que concurra el consentimiento de cedente y cesionario. No es necesario el consentimiento del deudor.

2. En lo no previsto en este capítulo, los requisitos y efectos de la cesión de créditos entre las partes se rigen por el contrato mediante el que se haya producido la cesión.

3. La cesión es oponible a terceros desde que tiene lugar. En caso de controversia, la prueba de la existencia de la cesión y la de su fecha incumbe a quien pretende hacerlas valer. En cuanto a la fecha, se

tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 1268 y 1270.

4. La cesión del crédito hipotecario se regirá por lo establecido en la Ley Hipotecaria". En relación con esto, el art. 149 LH modificado también según esta misma propuesta señala: "Art. 149.1 LH, nueva redacción (el resto del precepto permanece como está)

El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse, en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1200.3 del Código civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad".

³ En este sentido, la nueva propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos recoge esta obligación en el Artículo 1202: "Deberes de colaboración del cedente

1. En la cesión de un crédito, el cedente debe facilitar al cesionario el documento del que resulte el crédito y los demás elementos probatorios de que disponga. Asimismo, si fuera necesario, deberá colaborar de buena fe con el cesionario en la realización del crédito cedido.

2. En caso de cesión parcial de un crédito, el cedente debe proporcionar al cesionario todos los documentos necesarios para poder hacer efectiva la parte del crédito transmitida."

⁴ Se ha discutido por parte de la doctrina si realmente son supuestos de responsabilidad, los establecidos en el art. 1529 CC o bien se puede hablar de un caso de responsabilidad y oro de garantía, o ambos son de garantía. Considero que podemos señalar que son supuestos donde el cedente asume la obligación de garantizar la existencia, legitimidad y, en su caso, la solvencia del deudor cedido. En caso de incumplimiento de tal obligación, el 1529 señala las consecuencias que no son otras que la responsabilidad del cedente por los daños y perjuicios provocados al cesionario. De hecho, la propia jurisprudencia, en la mayoría de las decisiones sobre este precepto habla de obligación de garantía del cedente y la responsabilidad por su incumplimiento. Sobre la discusión y la diferenciación entre responsabilidad y garantía del cedente puede verse NAVARRO PÉREZ, J.L., La cesión de créditos en el Derecho civil español, Granada, Comares, 1988, pp. 170-174.

⁵ Prueba de ello, es que la nueva Propuesta de Modernización del Código civil, de 2023, señala en su artículo 1203: Existencia, titularidad y transmisibilidad del crédito cedido a título oneroso

“1. El cedente a título oneroso responde de la existencia, titularidad y transmisibilidad del crédito, salvo que lo haya cedido como dudoso.

2. Esta responsabilidad se rige por las disposiciones del incumplimiento en el Capítulo VI del Título I del Libro IV de este Código”.

⁶ Vid. por todos, NAVARRO PÉREZ, JL.: Op.cit., p. 191-192.

⁷ Se discutía si el término existencia incluía no sólo la realidad del crédito sino también otros supuestos, como la titularidad del cedente en el momento de la cesión; la posibilidad de reclamación; etc.

⁸ Op.cit., p. 178, quien afirma que este precepto prohíbe la cesión de créditos futuros.

⁹ Artículo 1199: Créditos cedibles

1. *El acreedor puede ceder a un tercero la totalidad o parte del crédito. Se exceptúan los casos en los que la cesión esté prohibida por la ley o por pacto entre acreedor y deudor, o el crédito se haya establecido, por la propia naturaleza de la prestación, en consideración a la persona del acreedor.*

2. *También se pueden ceder créditos futuros, siempre que estén determinados o sean determinables, aunque aún no se hayan celebrado el contrato o contratos de los que tales créditos deriven”.*

¹⁰ Op.cit, p, 179,

¹¹ A favor de la similitud de términos, MANRESA: “Comentarios al Código civil español”, X, Madrid, 1950, p. 419. En contra, manteniendo la diferencia entre existencia y legitimación, NAVARRO PÉREZ, JL., Op.cit., p. 179; GARCÍA CANTERO, “Comentarios del Código civil y legislaciones forales”, T. XIX, Edersa, Madrid, 1980, p. 663.

¹² Op.cit, p. 175.

¹³ Vid. en este sentido, MANRESA, Comentarios, cit., X, p. 393-394; GARCÍA CANTERO, Op.cit., XIX, p. 664; NAVARRO PÉREZ, Op.cit., p. 175.

¹⁴ NAVARRO PÉREZ, Op.cit., p. 176.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Madrid, Tecnos, 1972, p. 651.

¹⁶ GARCÍA CANTERO: Op.cit., XIX, pp. 666-667.

¹⁷ Vid. NAVARRO PÉREZ, Op.cit., p. 186.

¹⁸ GARCÍA CANTERO, Op.cit., XIX, p. 662.

¹⁹ NAVARRO PÉREZ, Op.cit., p. 194.

²⁰ Los autores han discutido el carácter de dicho pacto de aseguramiento. Siguiendo a NAVARRO PÉREZ, Op.cit., pp 203-206, podemos distinguir tres teorías diferentes: a) El pacto de garantía por la solvencia es similar a un negocio de garantía como la fianza o aseguramiento; b) el pacto de garantía es similar a una condición resolutoria expresa adjunta al contrato de cesión; y, c) el pacto de garantía es un tipo general de garantía de la venta: saneamiento por evicción o vicios ocultos. Ninguna de estas teorías es acertada totalmente, pues en el primera caso, el cedente responde por una parte del valor nominal del crédito (precio de la cesión y gastos) readquiriendo del deudor la titularidad del crédito, mientras que el fiador hace efectiva la responsabilidad acordada y adquiere el derecho equivalente contra el deudor principal. Respecto a la similitud con la condición resolutoria expresa, si bien encaja en parte pues si se da la insolvencia el contrato se resuelve y se reembolsa al cesionario el precio entregado, pero no señala porqué el cedente ha de reembolsar los gastos de la cesión. Y, respecto a su carácter como garantías de la venta (evicción o vicios ocultos), aunque podría pensarse como la teoría más acertada puesto que el crédito aparece como objeto de la venta, hay también inexactitudes, pues la evicción proviene de un defecto de legitimación no de insolvencia; y, los vicios ocultos son preexistentes al contrato de venta mientras que la insolvencia del deudor cedido es sucesiva a la transmisión del crédito.

²¹ Op.cit., p. 207.

²² TORRALBA SORIANO, “La responsabilidad del cedente por la insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico-crítico)”, en Estudios Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, p. 458 y ss.

²³ Op. Cit., p. 199 y 200.

²⁴ Op.cit., p. 198.

²⁵ Op.cit., XIX, p. 674.

²⁶ En igual sentido, NAVARRO PÉREZ: Op.cit., p. 211.

²⁷ GARCÍA GOYENA: Concordancias, III, cit., p. 432.

²⁸ GARCÍA CANTERO, Op.cit, XIX, p. 670.

²⁹ GARCÍA CANTERO, Op.cit., XIX, p. 670.

1.7. Concursal

La exoneración del crédito público en el Derecho transitorio tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal¹

The exoneration of public credit in transitional law after Law 16/2022, of September 5, reforming the Consolidated Text of the Bankruptcy Law

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Los Tribunales españoles han planteado diversas cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 2019/1023. Las dudas sobre la adecuación de la legislación española a los principios inspiradores de dicha Directiva se refieren tanto al régimen jurídico de la exoneración del pasivo insatisfecho anterior a la norma de transposición (Ley 16/2022), como al régimen jurídico derivado de la transposición y hoy vigente (Texto Refundido de la Ley Concursal en la versión dada por la Ley 16/2022).

La cuestión de fondo que se plantea es si el impago de ciertas deudas de derecho público puede impedir el acceso a la exoneración (interpretación del artículo 23.2 de la directiva) y si las deudas de derecho público son deudas exceptuadas de exoneración por existir un interés público en el cumplimiento de las mismas (interpretación del artículo 23.4 de la directiva). En el presente artículo analizamos el AAP de Alicante, sección 8.^a, de 11 de octubre de 2022, tramitado ante el TJUE como el Asunto C-687/222; el AAP de Alicante, sección 8.^a, de 31 de enero de 2023, tramitado como el asunto C-111/23 ante el TJUE; el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de 25 de abril de 2023 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona, de 2 de mayo de 2023.

ABSTRACT: *The Spanish Courts have raised various prejudicial questions on the interpretation of Directive 2019/1023. The doubts about the adaptation of Spanish*

legislation to the inspiring principles of said Directive refer to both the legal regime of the exoneration of unsatisfied liabilities prior to the transposition rule (Law 16/2022), and the legal regime derived from the transposition and today in force (Consolidated Text of the Bankruptcy Law in the version given by Law 16/2022). The underlying question that arises is whether the non-payment of certain public law debts can prevent access to exoneration (interpretation of article 23.2 of the directive) and whether public law debts are debts excepted from exoneration due to the existence of a public interest in their fulfillment (interpretation of article 23.4 of the directive). In this article we analyze the Alicante AAP, section 8, of October 11, 2022, processed before the CJEU as Case C-687/222; the AAP of Alicante, section 8, of January 31, 2023, processed as case C-111/23 before the CJEU; the Order of the Commercial Court No. 1 of Alicante, dated April 25, 2023 and the Order of the Commercial Court No. 10 of Barcelona, dated May 2, 2023.

PALABRAS CLAVE: Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho; crédito público; cuestiones prejudiciales

KEY WORDS: *Benefit of exoneration of unsatisfied liabilities; public credit; prejudicial questions*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN DEBATIDA.—III. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 8.^a, DE 11 DE OCTUBRE DE 2022.—IV. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 8.^a, DE 31 DE ENERO DE 2023.—V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS AUTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE.—VI. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE ALICANTE DE 25 DE ABRIL DE 2023 Y LA NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN. 1. CUESTIONES PREJUDICIALES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023. 2. CUESTIONES PREJUDICIALES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023.—VII. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 10 DE BARCELONA, DE 2 DE MAYO DE 2023 Y LA NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN. VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN.

En fechas recientes, se han elevado al TJUE varias cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la regulación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, tanto en su redacción anterior como posterior a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), con la mencionada Directiva. Dichas cuestiones versan sobre la compatibilidad de la excepción de exoneración del crédito público prevista en ambas normativas con el artículo 23 de la Directiva.

En las próximas líneas realizaremos un estudio de los antecedentes históricos y legislativos de esta cuestión y analizaremos 4 resoluciones judiciales que plantean sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE:

El Auto de la AAP de Alicante, sección 8.^a, de 11 de octubre de 2022, tramitado ante el TJUE como el Asunto C-687/222; el AAP de Alicante, sección 8.^a, de 31 de enero de 2023 (ROJ: AAP A 13/2023), tramitado como el asunto C-111/23 ante el TJUE; el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, 133/2023, de 25 de abril de 2023 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona, de 2 de mayo de 2023 (ROJ: AJM B 146/2023).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN DEBATIDA.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, no contemplaba ningún tipo de exoneración de deudas en el marco del procedimiento concursal.

La institución se introdujo en el ordenamiento jurídico a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que modificó el artículo 178.2 de la Ley 22/2003. En este precepto no se hacía mención alguna sobre si la extensión de la exoneración alcanzaba o no al crédito público.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que entró en vigor el 1 de marzo de 2015 y fue derogado con efectos de 1 de septiembre de 2020, por la disposición derogatoria única 2.u) del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *modificó la Ley 22/2003 introduciendo el artículo 178 bis y permitiendo dos vías de exoneración (frente a la única existente antes): una exoneración inmediata (art. 178.bis.3.4.º LC siempre que fuese satisfecho un umbral mínimo de pasivo) o una exoneración en cinco años sujeta a un plan de pagos (art. 178.bis, 3.5.º LC).*

Si bien el art. 178.bis.5 Ley 22/2003 señalaba que en caso de optar por un plan de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extendería a la parte insatisfecha de “los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión de concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”, en el caso de haberse optado por la exoneración inmediata no se hacía salvedad alguna de que el crédito público no fuese exonerable.

Es decir, si el deudor había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos y había liquidado todo su patrimonio, habiendo satisfecho los créditos contra la masa y privilegiados, podía exonerar el resto de pasivo no satisfecho, es decir, todo el crédito ordinario y subordinado sin excluir el crédito público.

Sin embargo, si se había optado por un plan de pagos, de acuerdo con el artículo 178.bis.5 LC, el deudor debía incluir en el mismo todo el crédito público, el privilegiado y también el ordinario y el subordinado.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social convalidó el Real Decreto-ley 1/2015, manteniendo la regulación.

Con posterioridad se publicó el 26 de junio de 2019 la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

La Directiva entró en vigor el 16 de julio de 2019 y su transposición al derecho español, debería haberse verificado antes del 17 de julio de 2022.

En su considerando 81 la Directiva señala:

“Cuando exista una razón debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, podría ser conveniente limitar la posibilidad de exoneración para determinadas categorías de deuda. Los Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras que el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada. Los Estados miembros deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado”.

Y el artículo 23.4, ubicado en el Título III “Exoneración de deudas e inhabilitaciones”, contempla un elenco de excepciones que inicialmente parecía ser *numerus clausus*, pero que tras la *Corrección de Errores de la Directiva 2019/1023, publicada en el DOUE, núm. 43, de 24 de febrero de 2022, parece ser numerus apertus al haber incluido antes del elenco la expresión “como en los siguientes casos”, sustituyendo a “en los siguientes casos”.*

Así el artículo 23.4 de la Directiva 2019/1023 señala:

“Los Estados miembros podrán excluir algunas categorías específicas de la exoneración de deudas, o limitar el acceso a la exoneración de deudas, o establecer un plazo más largo para la exoneración de deudas en caso de que tales exclusiones, restricciones o prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, como en los siguientes casos:

- a) deudas garantizadas;
- b) *deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas;*
- c) *deudas derivadas de responsabilidad extracontractual;*
- d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
- e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y
- f) *deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas”.*

La STS (Pleno) 381/2019, de 2 de julio de 2019 (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) resolvió antes de la elaboración del Texto Refundido de la Ley Concursal y de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 un recurso de casación en el que se denunciaba infracción del artículo 178.bis.6 de la Ley 22/2003, ya que esta norma imposibilitaba que el plan de pagos pudiera acordar aplazamientos o fraccionamientos del crédito público, lo que había sido admitido por la instancia, pues indicaba que *“respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las*

solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por los dispuesto en su normativa específica”.

En opinión de la Abogacía del Estado, que actuaba en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), esta norma legal vedaba al juez del concurso la imposición de unos plazos al acreedor público (a través del plan de pagos) para el cobro de los créditos que no pueden ser exonerados.

La sentencia rechaza el motivo del recurso al considerar que el artículo 178. bis.5 de la Ley 22/2003 debe interpretarse sistemáticamente con el alcance de la exoneración previsto en el ordinal 4.º del artículo 178.bis.3 de la Ley 22/2003².

Señala literalmente la resolución:

“Esta norma [artículo 178.bis.3.5.º Ley 22/2003] debe interpretarse sistemáticamente con el alcance de la exoneración previsto en el ordinal 4.º del apartado 3. Para la exoneración inmediata, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que haber pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedará exonerado.

La ley al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la *ratio* de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento. Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la “plena exoneración de deudas”, debemos entender que también en la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. *Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados [por lo tanto, no alcanza al crédito público ordinario y subordinado que es exonerable]. ...*

No hacemos esta referencia al preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración *para realizar una interpretación teleológica del artículo 178.bis Ley Concursal. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas.* Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible debería ser proporcionado a los activos y rentas embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable.

En atención a estas consideraciones, entendemos que, en principio, la exoneración plena en cinco años (alternativa del ordinal 5.º) está supeditada como en el caso de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4.º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años. *Sin perjuicio de que en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumpli-*

miento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos.

Con esta interpretación no se posterga tanto el crédito público, pues con arreglo a lo previsto en el artículo 91.4.º Ley Concursal, el 50 % descontado el que tenga otra preferencia o esté subordinado, tiene la consideración de privilegiado general, y por lo tanto quedaría al margen de la exoneración...

La norma contiene una contradicción que es la que propicia la formulación del motivo tercero de casación. Por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. *Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 178 bis Ley Concursal (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial*".

Lo cierto es que la sentencia realizó una interpretación correctora del artículo 178.bis de la Ley 22/2003 en la medida en que señalaba como requisito para ostentar buena fe:

"4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. 5.º *Que, alternativamente al número anterior: i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6" (art. 178.bis. 3.4.º y 5.º LC).*

Y el apartado 6 del artículo 178.bis indicaba "las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior [deudas contra la masa, deudas con privilegio general, y deudas de derecho público y por alimentos aunque fueren ordinarias o subordinadas], deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica".

Es decir, la norma (art. 178.bis.3.5.º, en relación con el artículo 178.bis.6 que remite al artículo 178.bis.5 Ley 22/2003) dejaba al crédito público, una vez concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, *al margen del procedimiento de exoneración en la medida en que se especificaba que no era exo-*

nerable (ni en caso de ser crédito privilegiado, ni ordinario ni subordinado) si se optaba por un plan de pagos, y que lo relativo a su aplazamiento y fraccionamiento se regiría por la normativa tributaria. Y precisamente, una interpretación sistemática debía llevar a la consideración de que tampoco en el caso de exoneración inmediata el crédito público era exonerable, pues no tendría sentido que en función del mecanismo de acceso a la exoneración, una deuda fuera exonerable o no, con la desigualdad evidente que se produciría en tal caso entre deudores.

Además la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial señalaba en su apartado 33 que “los Estados miembros pueden excluir algunas categorías específicas de deuda, como las derivadas de la responsabilidad delictual, de la regla de la condonación total”.

Sin embargo la conclusión a extraer de la STS (Pleno) 381/2019, de 2 de julio de 2019 es la exoneración del crédito público ordinario y subordinado, con independencia de la opción elegida, e incluso del crédito público privilegiado si no pudiese satisfacerse en su integridad con arreglo al plan de pagos (art. 178.bis.8 LC), pues lo relevante, a juicio de esta resolución, es obtener la exoneración plena del deudor.

Con posterioridad a esta sentencia se elaboró el Texto Refundido de la Ley Concursal, por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y derogó la Ley 22/2003. El Texto Refundido de la Ley Concursal dedicó los artículos 486 a 502 (Capítulo II, Título XI, Libro Primero) a la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. El Texto refundido regulaba una exoneración inmediata en el artículo 488 y un régimen especial de exoneración sujeto a un plan de pagos en los artículos 493 a 499.

El artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal preveía para la exoneración inmediata los siguientes efectos:

“Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, *exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos*”.

*Es decir, el crédito público privilegiado con privilegio general (art. 280.2.º y 280.4.º TRLC), debía ser abonado y el crédito público ordinario y subordinado no era exonerable*³.

En cuanto al artículo 497 del TRLC preveía como efectos de la exoneración obtenida mediante un plan de pagos los siguientes:

“1. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos:

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, *exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos*.

2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, *salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general*.

2. *Las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento del pago de los créditos de derecho público se regirán por lo dispuesto en su normativa específica*”.

La redacción del Texto Refundido venía así a coincidir con la interpretación sistemática que hacíamos antes de los artículos 178.bis.3.5.º, en relación con el artículo 178.bis.6 y 178.bis.5 Ley 22/2003.

Ahora bien, como señala el AAP de Alicante, sección 8.ª, de 31 de marzo de 2023 “dado que el tenor de la norma [TRLR] difería de la interpretación dada en la STS de 2 de julio de 2019 [del Pleno, y por lo tanto, con valor de jurisprudencia según el Acuerdo de pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017] y que el Texto Refundido tenía como exclusiva finalidad regularizar, *aclarar* y armonizar la normativa sobre la materia, los órganos judiciales españoles con competencia en materia mercantil han mantenido posturas radicalmente enfrentadas sobre la materia. Unos consideran que el Texto Refundido de la Ley Concursal incurre en un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa (conocido como *ultra vires*) otorgada por el Parlamento al Gobierno, lo que permite inaplicar la norma [sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, STC de 28 de julio de 2016], con lo que el crédito público quedaría exonerado. Otros, mantienen lo contrario”.

De manera que para unos tribunales el legislador en el Texto Refundido de la Ley Concursal resolvió las contradicciones existentes, si bien de forma diferente a como hizo el Tribunal Supremo (mediante una interpretación teleológica que era *correctora del texto legal*), lo que no significa que el refundidor se haya excedido de los límites de su función. Para llegar a esta conclusión indican que la comparación debe hacerse entre las normas derogadas y las del Texto Refundido pero no entre la nueva norma y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpretó la norma derogada.

En este sentido el mencionado AAP de Alicante, sección 8.ª, de 31 de marzo de 2023 no aprecia “la existencia de *ultra vires* en la redacción de los artículos 491, 495 y 497 del Texto Refundido de la Ley Concursal, y con ellos deja de ser aplicable la interpretación que daba el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019 del derogado artículo 178.bis de la Ley Concursal; la misma ha devenido innecesaria ante el hecho de que el refundidor, dentro de los límites constitucionales, *ha decidido completar, interpretar e integrar tal norma a través del Texto Refundido de la Ley Concursal*”, *de manera que el crédito público (inclusive el ordinario y el subordinado) ya no es exonerable para ningún deudor, se acoja al régimen general o al régimen especial con plan de pagos. Las dudas existentes habrían quedado resueltas de este modo.*

Finalmente, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal ha transpuesto al ordenamiento jurídico interno la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Esta Ley entró en vigor el 26 de septiembre de 2022. Su disposición transitoria primera, apartado 2 establece que “los concursos declarados antes de la

entrada en vigor de la presente ley se regirán por lo establecido en la legislación anterior”. Y en el apartado 3.6.º de esta misma disposición se señala que “por excepción a lo establecido en el apartado anterior, se regirán por la presente ley... 6.º. *Las solicitudes de exoneración del pasivo que se presenten después de su entrada en vigor, o sea, las presentadas a partir del 26 de septiembre de 2022. Las solicitudes de exoneración presentadas antes de esta fecha se rigen pues por el Texto Refundido de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 16/2022.*

Es precisamente en relación con estas últimas solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho que se presentaron antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022 y que se rigen por el derecho anterior, en relación con las cuales se están planteando dudas en los Tribunales que están llevando al planteamiento de cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE, *dado que durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, ya estaba vigente la Directiva 2019/1023, aunque no había transcurrido aún el plazo de transposición.*

Han planteado cuestiones de prejudicialidad en relación con dos solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho que se rigen por el derecho anterior el AAP de Alicante de 11 de octubre de 2022 y el AAP de Alicante, sección 8.ª, de 31 de marzo de 2023. Su argumentación y las cuestiones prejudiciales planteadas son coincidentes variando ligeramente los hechos que dan lugar a ambas resoluciones.

III. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 8.ª, DE 11 DE OCTUBRE DE 2022.

D. Rogelio y D.ª Julieta presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Denia, en fecha 3 de marzo de 2021, un escrito de solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

La AEAT se opuso a que la exoneración se extendiera al crédito que ostentaba y que consideraba como crédito público privilegiado. Dicho crédito procedía de una derivación de responsabilidad del art. 43.1.a) de la Ley General Tributaria por importe de 192.366,21 €.

El Juzgado dispuso el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, extendiéndolo a la totalidad de los créditos insatisfechos, excepto los créditos de derecho público y por alimentos, en torno a los cuales consideró que no podía realizar pronunciamiento alguno sobre su forma de pago por impedirlo los arts. 491, 495 y 497 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Los concursados presentaron recurso de apelación. Elevado el procedimiento a la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, por providencia de 16 de junio de 2022 se acordó suspender el procedimiento y dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que efectuaran alegaciones acerca de la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE y del contenido de las cuestiones a formular.

La Abogacía del Estado, en representación de la AEAT, mantuvo la improcedencia del planteamiento de la cuestión sobre la base de las siguientes alegaciones: i) extemporaneidad del planteamiento por no haberse transpuesto la Directiva al derecho interno; ii) la enumeración que contiene el artículo 24.3 de la

Directiva 2019/1023, en cuanto a posibles créditos exceptuables de la exoneración es ejemplificativa y en ningún caso *numerus clausus*.

En ese listado, la Directiva, como hemos visto antes, no incluye al crédito público, pero parece ejemplificar al indicar “*como en los siguientes casos*”.

La Audiencia Provincial señala en el Auto de interposición de la cuestión prejudicial que es reiterada la jurisprudencia del TJUE sobre el “llamado efecto anticipativo de las Directivas, en cuya virtud no sólo producen efecto tras su transposición, o finalizado el plazo para ello, sino también antes, pues los Estados miembros deberán abstenerse, antes del transcurso de dicho plazo, de adoptar medidas que puedan comprometer o perjudicar gravemente la consecución de los objetivos previstos en ella.

La STJCE, de 8 de diciembre de 1997 razonó que ‘... durante el plazo de adaptación del Derecho interno los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva.

A este respecto, si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno (...), se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva’...”.

Y que dada la controversia existente en la jurisprudencia española entre las resoluciones que consideran que el crédito público es exonerable y las que concluyen que no, en la aplicación del Texto Refundido de la Ley Concursal en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020; dada la vigencia de la Directiva 2019/1023 al publicarse dicho Real Decreto Legislativo y dada la jurisprudencia mencionada del TJUE, sesuscitan diversas dudas al Tribunal sobre la compatibilidad de la normativa española sobre exoneración del pasivo insatisfecho contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2020 y la Directiva 2019/1023, en lo que se refiere a la exclusión o no del crédito público. Estas dudas serían jurídicamente relevantes pues del criterio que se adopte dependería la resolución del caso enjuiciado, esto es, si el crédito público por importe de 192.366,21 € se exonera o no en el concurso de personas naturales que se está tramitando ante el Tribunal.

Las dudas que se plantean a la Audiencia Provincial se refieren a la justificación que la Directiva exige para que la normativa nacional de transposición pueda excluir determinadas categorías de deudas; sobre si la relación de créditos exceptuables de exoneración contenida en el artículo 23.4 de la Directiva es *numerus clausus* o *numerus apertus* y sobre si el crédito público puede ser o no objeto de exoneración.

El Tribunal plantea así tres cuestiones prejudiciales que giran en torno a si la normativa española que excluye el crédito público de la exoneración de deudas, dada por el Texto Refundido de la Ley Concursal (redacción Real Decreto Legislativo 1/2020) es compatible o no con la Directiva 2019/1023.

Dichas tres cuestiones planteadas son:

1. ¿Es posible aplicar el principio de interpretación conforme al art. 23.4 de la Directiva cuando los hechos se han producido en el periodo intermedio entre su entrada en vigor y la fecha límite de transposición, y la legislación nacional aplicable (TRLR, en redacción dada por Real Decreto Legislativo 1/20) no es la que transpone la Directiva (Ley 16/2022)?

2. ¿Es compatible con el artículo 23.4 de la Directiva, y con sus principios inspiradores relativos a la exoneración de deudas, una normativa interna que no ofrece justificación alguna para la exclusión del crédito público de la exoneración? ¿Esta normativa compromete o perjudica la consecución de los objetivos previstos en aquella?

3. ¿El artículo 23.4 de la Directiva contiene una relación exhaustiva y cerrada de créditos excluibles de la exoneración o esa relación es ejemplificativa y el legislador nacional goza de absoluta libertad para establecer las categorías de créditos excluibles que tenga por convenientes, con tal de que estén debidamente justificadas con arreglo a su Derecho nacional?

IV. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 8.^a, DE 31 DE ENERO DE 2023.

En este caso, D.^a Berta y D. Belarmino presentaron el 9 de abril de 2021, ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, escrito de solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

Ulteriormente, los concursados comunicaron la existencia de un crédito que les fue notificado a ellos por la AEAT en fecha posterior a la solicitud de exoneración. Las comunicaciones enviadas por la AEAT a los concursados les declaraban responsables subsidiarios en aplicación del art. 43.1.a) de la Ley General Tributaria, de las deudas y sanciones tributarias de VICENTE BELLIURE CONSTRUCCIONES NAVALES, SL., con un alcance de responsabilidad de 192.366,21 €.

Los concursados solicitaron el reconocimiento de dicho crédito como contingente subordinado, o subsidiariamente como contingente ordinario, y, en ambos casos, que se extendiera al mismo el beneficio de la exoneración solicitada; subsidiariamente, que se calificara por mitad como contingente y/u ordinario, y como contingente privilegiado, solicitando se extendiera el beneficio al primero de ellos, y la otra mitad, se incluyera en el plan de pagos que se adjuntaba.

Mediante escrito de 30 de junio de 2021, los concursados aportaron al Juzgado el Acuerdo n.º 8/2021 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla que indicaba “que el artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal debe ser interpretado de conformidad con la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, de manera que desemboque en una plena exoneración de deudas sin exclusión de crédito público”.

El Juzgado acordó la exoneración definitiva de deudas (la totalidad de los créditos ordinarios y subordinados) solicitada por los deudores, y excluyó el crédito público con el siguiente razonamiento:

“Por otro lado, respecto del supuesto crédito contingente de la AEAT, *comunicado con posterioridad a la petición inicial de conclusión de concurso*, lo cierto es que su carácter contingente, confirmado por la Administración Concursal, *imposibilita que la declaración de exoneración del pasivo insatisfecho se extienda a un crédito que no es concursal o contra la masa, como se deduce del artículo 491 del Texto Refundido de la Ley Concursal*”.

Los concursados presentaron recurso de apelación contra dicho auto, solicitando que se revocara el pronunciamiento de exceptuar la deuda de la AEAT de la exoneración y del plan de pagos.

La Abogada del Estado, en representación de la AEAT, mantuvo la improcedencia del planteamiento de la cuestión, sobre la base de: i) extemporaneidad del planteamiento por no haberse transpuesto la Directiva al derecho interno; ii) la enumeración que contiene el artículo 24.3 de la Directiva 2019/1023, en cuanto a posibles créditos exceptuables de la exoneración es ejemplificativa y en ningún caso *numerus clausus*.

La Audiencia Provincial volvió a plantear las tres mismas cuestiones prejudiciales que había planteado en el Auto de 11 de octubre de 2022.

1. ¿Es posible aplicar el principio de interpretación conforme al art. 23.4 de la Directiva cuando los hechos se han producido en el periodo intermedio entre su entrada en vigor y la fecha límite de transposición, y la legislación nacional aplicable (TRLR, en redacción dada por Real Decreto Legislativo 1/20) no es la que transpone la Directiva (Ley 16/2022)?

2. ¿Es compatible con el artículo 23.4 de la Directiva, y con sus principios inspiradores relativos a la exoneración de deudas, una normativa interna que no ofrece justificación alguna para la exclusión del crédito público de la exoneración? ¿Esta normativa compromete o perjudica la consecución de los objetivos previstos en aquella?

3. ¿El artículo 23.4 de la Directiva contiene una relación exhaustiva y cerrada de créditos excluibles de la exoneración o esa relación es ejemplificativa y el legislador nacional goza de absoluta libertad para establecer las categorías de créditos excluibles que tenga por convenientes, con tal de que estén debidamente justificadas con arreglo a su Derecho nacional?

V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS AUTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 8.ª, DE 11 DE OCTUBRE DE 2022 Y DE 31 DE ENERO DE 2023.

Analizamos a continuación la fundamentación jurídica de los autos de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 11 de octubre de 2022 y de 31 de enero de 2023, que es coincidente.

En relación con las dudas acerca de la justificación que exige la Directiva para que la normativa nacional de transposición pueda excluir determinadas categorías de deudas, el Tribunal se plantea si la exclusión del crédito público está debidamente justificada en la normativa aplicable a los supuestos que enjuicia (anterior a la ley de transposición).

Señala el Tribunal que el Real Decreto Legislativo 1/2020 no contiene justificación alguna para la exclusión del crédito público de la exoneración. Mientras que la Ley 16/2022 afirma en su preámbulo que “las excepciones [a la exoneración] se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por

alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual)”.

Las dudas se plantean, pues, porque estando la Directiva en vigor, dentro del plazo de transposición al derecho interno se dictó una norma “que parece pudiera obstaculizar el objetivo perseguido por aquélla pues excluyó de la exoneración una categoría de deudas (las públicas) sin expresar justificación alguna”. La Audiencia, pues, se plantea “si la inexistencia de justificación en el Texto Refundido de la Ley Concursal, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, supone una contravención de los objetivos previstos en la Directiva y de su artículo 23.4” aunque no hubiera expirado el plazo para transponer la Directiva.

En segundo término, el Tribunal se plantea si la relación de categorías de deudas excluibles de la exoneración (artículo 23.4 de la Directiva), es una relación *numerus clausus* o *numerus apertus*.

Según el Tribunal la corrección de errores podría dar a entender que la relación es meramente ejemplificativa. Pero para el Tribunal no tendría sentido que la Directiva pusiera ejemplos de categorías de deudas excluibles, si el legislador nacional tuviera plena libertad para establecer las que tuviera por conveniente. Considera además extraño que teniendo el crédito público una extraordinaria relevancia dentro de los procedimientos de insolvencia, la Directiva no lo citara expresamente, incluyéndolo en las categorías excluibles. Además, la plena libertad de los Estados miembros para excluir categorías de la exoneración y la posible diversidad de legislaciones internas sobre la materia podría afectar al funcionamiento del mercado interior; pues crearía el incentivo para el empresario o el emprendedor persona física de establecerse en aquellos Estados que prevean menos categorías de deudas excluibles y, particularmente, en aquellos que permitan la exoneración del crédito público en situaciones de insolvencia.

VI. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE ALICANTE DE 25 DE ABRIL DE 2023 Y LA NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN.

Este auto también plantea varias cuestiones prejudiciales solicitando del TJUE que interprete la Directiva (UE) 2019/1023.

Sin embargo, los hechos de los que parte la resolución son diversos a los que hemos analizado antes. En este caso se solicitó la exoneración del pasivo insatisfecho por parte del deudor concursado el 28 de septiembre de 2023, o sea, tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022, *por lo que le resulta de aplicación según la Disposición transitoria 3.6.º, la nueva regulación sobre exoneración de deudas*.

La Abogacía del Estado, en representación de la AEAT se opuso a la exoneración. Por un lado, solicita se deniegue el acceso a la misma (por no concurrir la buena fe necesaria) ya que existe un acuerdo firme de derivación de responsabilidad por importe de 114.408,09 € dictado el 19 de marzo de 2023 (art. 487.1.2.º TRLC en redacción dada por Ley 16/2022) y que no se conceda la exoneración, caso de permitirse el acceso al beneficio, de determinados créditos de derecho público (art. 489.1.5.º del TR en redacción dada por Ley 16/2022). El deudor, aparte de la responsabilidad subsidiaria por las deudas y sanciones tributarias de la empresa INVERSIONES MONIKAPITAL de la que era administrador societario,

presenta otras deudas de derecho público, tales como sanciones de tráfico, ascendiendo el total de la deuda por crédito público a 127.170,56 €.

El Tribunal dio traslado a las partes a fin de que formularan alegaciones sobre la posibilidad de plantear varias cuestiones prejudiciales de interpretación al TJUE. En particular, sobre si el art. 23.2 de la Directiva debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una norma como la recogida en el artículo 487.1.2.º del Texto Refundido de la Ley Concursal que *impide el acceso a la exoneración* en el caso de que en los 10 años anteriores a la solicitud se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera el deudor satisfecho íntegramente su responsabilidad; y sobre si el artículo 23.4 de la Directiva debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una norma como la recogida en el artículo 489.1.5.º del Texto Refundido de la Ley Concursal que excluye de la exoneración de deudas los créditos públicos salvo que se encuentren en el límite del artículo 489.1 del Texto Refundido⁴.

La AEAT alegó en relación con el concepto de buena fe (delimitado normativamente en el artículo 487 TRLC), que la Directiva se remite a la normativa nacional de cada Estado; que el artículo 23.4 de la Directiva se encuentra dentro del margen de libertad de los Estados miembros y que la base jurídica de la Directiva son los artículos 53 y 114 del TFUE, excluyendo el artículo 114.2 de su ámbito de aplicación a las “disposiciones fiscales”, razón por la que la Directiva no impone la exoneración del crédito público.

El deudor alegó que mientras la responsabilidad subsidiaria del artículo 43 LGT es una responsabilidad por negligencia que podría ser calificada como leve, el concurso ha sido calificado como fortuito, por lo que habría una contradicción entre tal calificación y la negativa a acceder a la exoneración sobre la base de una responsabilidad por negligencia. Considera que el artículo 23.4 de la Directiva 2019/1023 hace un *numerus clausus* de excepciones de deudas no exonerables, y que el artículo 489.1.5.º del Texto Refundido de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 16/2022 establece una exoneración en orden inverso al orden de prelación de créditos (lo cual por otra parte, nosotros consideramos lógico ya que no debe exonerarse aquel crédito que goce de una prelación superior ya que es preferente).

El Juzgado formula varias cuestiones prejudiciales que pueden englobarse en dos grupos: las relativas al acceso a la exoneración, que versan sobre la interpretación del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 y las relativas al alcance de la exoneración, que se refieren a la correcta interpretación del artículo 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1023.

1. CUESTIONES PREJUDICIALES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023.

En relación con el acceso a la exoneración el Juzgado señala que el artículo 487.1. 2.º del Texto Refundido incorpora límites (o requisitos de acceso) que no se recogían en la legislación anterior y que existen serias dudas de compatibilidad de dicho precepto de artículo 489.1.5.º con la Directiva (UE) 2019/1023.

Es relevante la STS 4482/2022, de 1 de diciembre de 2022, según la cual, al no considerarse la derivación de responsabilidad tributaria como una sanción, no cabe subordinar los créditos resultantes de la misma, sino que conservan la misma clasificación que correspondería a los créditos de los que provenga la derivación.

La cuestión es si el legislador nacional puede, con ocasión de la transposición de la Directiva, establecer mayores restricciones al acceso a la exoneración que las previstas bajo la legislación anterior; cuando tal límite no se corresponde con ninguna de las circunstancias que el artículo 23.2 de la Directiva señala como excepciones en el acceso a la exoneración. Ni la Ley 14/2013 ni el Real Decreto-ley 1/2015, ni el Real Decreto Legislativo 1/2020 limitaron el acceso a la exoneración por la existencia de deudas de derecho público.

El Juzgado considera que el derecho a la exoneración de deudas es un derecho de origen comunitario que integra el patrimonio de los ciudadanos y que un sistema que restrinja indebidamente el acceso a la exoneración pone en riesgo la libertad de empresa (art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y el derecho al trabajo (art. 15 CDFUE), en la medida en que al no poder acceder a la plena condonación de deudas, los empresarios sobreendeudados no podrán retomar sus actividades comerciales. La introducción de nuevos requisitos delimitadores de la buena fe frente a los establecidos en la legislación anterior compromete seriamente la finalidad de la Directiva, por lo que el legislador al transponer la Directiva no puede introducir nuevos requisitos que supongan una restricción sustancial del acceso al derecho a la exoneración. Ello pese a que la lista contenida en el artículo 23.2 de la Directiva el Juzgado reconoce que es meramente ejemplificativa.

El Juzgado considera también que el artículo 487.1. 2.º del TRLC puede haber servido para generar un sistema de incentivos que no tiene que ver con el concepto mismo de buena fe, sino con el logro del pago de créditos concursales que, en el caso de declararse el concurso de acreedores, difícilmente hubieran sido cobrados por la Administración Pública. Así el empresario sobreendeudado que haya cometido una infracción grave o muy grave tributaria, o una infracción de Seguridad Social o del orden social de cualquier clase sin atención a la gravedad o haya sido objeto de un acuerdo de derivación de responsabilidad, deberá abonarla antes de solicitar la exoneración porque, de no hacerlo, se le impide acceder al derecho a la exoneración de cualquier otro pasivo. “Ello supone —indica el juzgador— que, incluso en el caso de que se haya declarado el concurso de acreedores, el deudor deberá alterar el orden de pagos si desea poder acceder a la exoneración”. Pero ello no es posible legalmente ni en sede de convenio (art. 318.1.2.º TRLC) ni de liquidación concursal (art. 433.1 y 435.1 TRLC), y si el pago se produce antes del concurso, cabría ejercitar una tercera de mejor derecho o bien cabría incluso rescindir el pago durante el concurso (art. 226, 229 y 235 TRLC).

El Tribunal continúa indicando que, para acceder a la exoneración inmediata, bajo la legislación anterior el deudor Sr. Cornelio debería haber abonado 36.108,97 € correspondientes a la parte de crédito privilegiado, mientras que en el presente caso, para poder exonerarse 537.787,69 € debe haber abonado previamente 127.170,56 €.

Por todo ello, el juzgador considera que el artículo 487.1. 2.º TRLC se opone al artículo 23.2 de la Directiva 2019/1023.

Por otro lado, la derivación de responsabilidad tributaria regulada en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley General Tributaria consiste en supuestos en los que la responsabilidad tributaria se exige además de al sujeto pasivo del impuesto a otras personas como responsables solidarios o subsidiarios. En el caso de la responsabilidad subsidiaria es necesario la declaración de fallido de la empresa deudora. Con carácter general, como señala el artículo 41.2 de la Ley General Tributaria, la responsabilidad será siempre subsidiaria. El artículo 43.1.a) de dicha norma prevé que será responsable de la deuda tributaria los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, extendiéndose su responsabilidad a las sanciones. La imputación de responsabilidad es consecuencia de los deberes normales en un gestor, siendo suficiente la concurrencia de mera negligencia.

El concurso del Sr. Cornelio no ha sido declarado culpable, es decir, no se considera que haya mediado dolo o culpa grave del deudor, sin embargo un acuerdo de derivación de responsabilidad tributaria por negligencia le impide acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho. Para el juzgador la norma del artículo 487.1. 2.º TRLC no pretende delimitar el concepto de buena fe sino forzar a los administradores de sociedades mercantiles que no han podido cumplir con sus obligaciones tributarias a abonar tales responsabilidades. Partiendo de que “basta la mera negligencia para ser acordada, que no requiere malicia ni intención defraudatoria, y que se produce por una simple dejación de funciones del administrador social”, el juzgador no considera que tal conducta sea equivalente a la mala fe empresarial del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023.

Hay que tener en cuenta también que el artículo 487.1.2.º TRLC al atender al momento del acuerdo de derivación de responsabilidad no tiene en cuenta ni la fecha de generación de la deuda objeto de derivación ni el posible retraso de la Administración Tributaria en la adopción del acuerdo. Y que el plazo previsto en la norma es desproporcionado, generándose un incentivo negativo para la adopción de tales acuerdos, pues cuanto más tarde se adopten mayor será el incentivo para abonar la deuda dado que mayor será el lapso de tiempo dentro del cual el deudor no podrá solicitar el acceso a la exoneración.

Finalmente, la Directiva (UE) 2019/1023 exige que las excepciones al acceso a la exoneración se plantee debidamente justificadas. La Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 señala que la buena fe del deudor sigue siendo una pieza angular de la exoneración y que “en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, se establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (numerus clausus), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor”.

El Juzgado se plantea si esta justificación es suficiente pues el artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 impondría un especial deber de motivación de cada excepción que en concreto establezca el legislador nacional para el acceso a la exoneración. La exposición de motivos de la Ley 16/2022 se limita a explicar el concepto de buena fe, pero sin atender a la debida justificación de las causas que excluyen el acceso a la exoneración en el sentido exigido por el artículo 23.2 de la Directiva, lo cual sería especialmente relevante en el caso de causas que no se

encontraban previstas en la legislación anterior. Solo así puede comprobarse que el legislador ha respetado el concepto de buena fe comunitario.

El sistema normativo de buena fe que ha establecido el legislador español supone que el juez nacional no puede valorar si el deudor es de buena o mala fe en el momento de generación de la deuda (sino en el momento de presentar la solicitud de exoneración), por lo que se refiere a los acuerdos de derivación de responsabilidad tributaria. Ello, considera, el juzgador, podría comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFU). En el presente supuesto, en el que la imputación de responsabilidad se realiza sobre la base de la mera negligencia, difícilmente cabría considerar que existe una conducta de mala fe en el sentido de la Directiva 2019/1023.

Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1. Dudas relativas a la interpretación del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023.

1.1. ¿El apartado 2 del artículo 23 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración en el sentido establecido en el artículo 487.1.2.º TRLC en la medida en que dicho límite no estaba previsto en la normativa previa a la transposición de la Directiva que reconocía el derecho a la exoneración y que ha sido introducido *ex novo* por el legislador? En concreto, ¿puede el legislador nacional, con ocasión de la trasposición de la Directiva, establecer mayores restricciones al acceso a la exoneración que las previstas bajo la legislación anterior, especialmente cuando dicho límite no se corresponde con ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 23.2 de la Directiva?

1.2. En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo a la cuestión anterior, ¿debe interpretarse el artículo 23.2 de la Directiva 2019/1023 en el sentido en que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración cuando en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad (487.1.2.º TRLC), en la medida en que dicha causa suponga alterar el sistema de clasificación de créditos concursales?

1.3. En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo a la cuestión anterior, ¿El apartado 2 del artículo 23 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración en el sentido establecido en el artículo 487.1.2.º TRLC cuando [...] se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad en la medida en que tal circunstancia no es apta para delimitar la mala fe del deudor? A tales efectos, ¿tiene alguna relevancia el hecho de que el concurso no haya sido declarado culpable?

1.4. En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo a la cuestión anterior, ¿el apartado 2 del artículo 23 de la Directiva, debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide

el acceso a la exoneración en el sentido establecido en el artículo 487.1.2.º TRLC por infracciones o acuerdos de derivación de responsabilidad que se han dictado o acordado en los 10 años anteriores a la solicitud de exoneración sin atender a la fecha del hecho generador de la responsabilidad y del posible retraso en la adopción del acuerdo de derivación de responsabilidad?

1.5. En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo a las cuestiones anteriores, ¿el apartado 2 del artículo 23 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido en que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración en el sentido establecido en el artículo 487.1.2.º TRLC en la medida en que dicho límite no ha sido justificado debidamente por el legislador nacional?”

2. CUESTIONES PREJUDICIALES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.4 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023.

El crédito público es objeto de protección en dos momentos diferenciados, en la transposición del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023, en la medida en que determinados créditos de derecho público sirven para delimitar el concepto jurídico de buena fe e impedir, en su caso el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho. Y en la transposición del artículo 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1023, en la medida en que el crédito público, con carácter general, no es exonerable sino parcialmente.

La primera duda que se plantea es que los créditos de derecho público, de acuerdo con la legislación anterior, tal como la interpretó el Tribunal Supremo, permitía cierta exoneración del crédito público, lo que ha sido restringido por la norma de transposición.

De acuerdo con el artículo 489.1.5.º TRLC las deudas por créditos de Derecho público no son exonerables, salvo algunas excepciones muy limitadas. Así podrán exonerarse las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la AEAT y la TGSS (lo que se extiende a las deudas recaudadas por las Haciendas Forales a través de la disposición adicional 1.ª de la Ley 16/2022, pero no a las haciendas de las comunidades autónomas o ayuntamientos). Existe un importe máximo exonerable que son 10.000 euros. Los primeros 5000 se exoneran automáticamente, y a partir de esa cifra la exoneración alcanza el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo de otros 5000 euros. El importe exonerado hasta el límite de 10.000 € se aplica en orden inverso al de prelación legalmente establecido en la ley, y dentro de cada clase, en función de su antigüedad. Por lo tanto, se exonera primero el crédito subordinado, después el crédito ordinario y finalmente, el crédito privilegiado.

Como muchos tribunales entendieron que existía *ultra vires* en la refundición llevada a cabo por el Gobierno, decidieron no aplicar la nueva regulación (RDL 1/2020) y continuaron aplicando la normativa anterior en el sentido indicado por la STS 381/2019 (Pleno), de 2 de julio de 2019. De esta forma, hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2022, el 26 de septiembre de 2022, el crédito público era en gran parte exonerable.

La normativa de transposición de la Directiva ha restringido el alcance de la exoneración, al establecer una protección absoluta del crédito público que no existía bajo el régimen anterior o que, en el mejor de los casos, no existió hasta el 1 de septiembre de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1/2020.

Por ello el juzgador entiende que el artículo 489.1.5.º TRLC se opone al artículo 23.4 de la Directiva en la medida en que no tiene en cuenta la naturaleza y circunstancias de deudas específicas de Derecho público (como puede ser el caso de las sanciones administrativas muy graves) para declarar no exonerable el crédito público, lo que supone vaciar el contenido esencial del derecho a la plena exoneración.

Por otro lado, el trato privilegiado que se pretende de las deudas de derecho público supone alterar el orden de créditos concursales. En el sistema anterior, para acceder a la exoneración inmediata era preciso abonar todo el crédito privilegiado, fuera público o no. En el presente caso, no sucede lo mismo. La regla general es que el crédito público no es exonerable, con independencia de que sea privilegiado, ordinario o subordinado. Ello supone un trato injustificado a los acreedores. Así en el caso de un proveedor que tenga un crédito ordinario, verá como su crédito es exonerable. Sin embargo, no lo será ningún crédito público ordinario ni subordinado.

El Juzgador cita al Banco Mundial para apoyar su postura: “excluir de la exoneración al crédito público socaba todo el sistema de tratamiento de la insolvencia porque priva a los deudores, a los acreedores y a la sociedad de muchos beneficios del sistema. El Estado debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores para así apoyar el sistema de tratamiento de la insolvencia” (WORLD BANK, *“Report on the treatment of the insolvency of natural persons”*. Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, 2014, pág., 122, ap. 373).

E insiste en que el artículo 489.1.5.º TRLC privilegia sin razón alguna créditos ordinarios o subordinados (públicos) frente a otros de igual rango o superior. Ello considera que compromete la competitividad del tejido económico dado que al ser el crédito público uno de los principales pasivos de las pequeñas y medianas empresas, provocará diferencias competitivas inaceptables entre los Estados Miembros. No existirían, a su juicio, razones de peso para considerar que si la ley obliga a los acreedores ordinarios a renunciar a sus créditos legítimos, el Estado no se atenga a las mismas normas.

Por otro lado, no existiría una regla de proporcionalidad en relación con el límite de crédito público exonerable. El legislador español solo tiene en cuenta la cuantía de la deuda para limitar el alcance de la exoneración en relación con el segundo tramo de 5000 euros, pues los primeros 5000 se exoneran automáticamente.

Este límite fijado por el legislador español parecería arbitrario.

Hay que tener en cuenta además que la Directiva, en su artículo 23.4, exige que las deudas no exonerables se encuentren debidamente justificadas. La Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 señala: “Se amplía la exoneración a todas las deudas concursales y contra la masa. Las excepciones se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabi-

lidad extracontractual). Así, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho, no en las sucesivas”.

Pero esta justificación, señala el juzgador, apela a principios generales, justificándose en bloque todos los supuestos sin atender a la diferente naturaleza de cada uno de ellos. De los cuatro tipos de deudas identificados, tres se recogen en el listado del artículo 23.4 de la Directiva, pero las deudas de crédito público no. Cabría preguntarse si es posible que el legislador nacional justifique las excepciones en bloque; si una deuda que no aparece recogida en el listado del artículo 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1023, requiere de una especial motivación y si la apelación a la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, es una justificación suficiente.

La gravedad de la regla de no exoneración se acentuaría ya que solo se permite la exoneración del crédito público por una cuantía muy limitada, que no guarda proporción con el total de la deuda; además solo puede solicitarse en una ocasión (art. 489.3 en relación con el art. 489.1.5.º TRLC). Paradójicamente la no exoneración del crédito público afecta a los empresarios (objetivo primigenio de la Directiva), cuando con la legislación anterior el empresario podía exonerarse de todo el crédito público ordinario y subordinado si acudía a una exoneración inmediata.

Sobre la base de la anterior fundamentación jurídica, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

“2. *Dudas de interpretación en relación con el apartado 4 del artículo 23 de la Directiva (UE) 2019/ 2023.*

2.1. ¿El apartado 4 del artículo 23 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de se opone a una normativa como la prevista en el artículo 487.1.2.º TRLC que recoge causas que impiden el acceso a la exoneración que no se encuentran recogidas en la lista recogida en el citado apartado 4 del artículo 23? En concreto, ¿debe interpretarse que la lista de causas que se contienen en el apartado 4 del artículo 23 es una lista de *numerus clausus* o, por el contrario, es una lista de *numerus apertus*?

2.2. En la medida en que la lista sea de *numerus apertus* y el legislador nacional pueda establecer otras excepciones más allá de las previstas en la Directiva, ¿el apartado 4 del artículo 23 de la Directiva se opone a una normativa nacional que establece una regla general de no exoneración de créditos de Derecho público salvo en circunstancias y cuantías muy limitadas al margen de la naturaleza y circunstancias de deudas concretas de Derecho público? En particular, ¿resulta relevante en este caso el hecho de que la normativa anterior, según había sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, permitiera cierta exoneración del crédito público y que la norma de trasposición haya servido para restringir el alcance de la exoneración?

2.3. En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido negativo a la cuestión anterior, ¿el apartado 4 del artículo 23 de la Directiva debe considerarse que se opone a una normativa nacional como la prevista en el artículo 489.1.5.º TRLC que establece una regla general de exclusión de la exoneración de créditos públicos (con ciertas salvedades objeto de la siguiente cuestión prejudicial) en la medida en que otorga un tratamiento privilegiado a los acreedores públicos frente al resto de acreedores?

2.4. En particular, y en relación con la pregunta anterior, ¿resulta relevante el hecho de que la normativa prevea cierta exoneración de los créditos públicos, pero tan solo para determinadas deudas y dentro de límites concretos que no guardan relevancia con la cuantía real de la deuda?

2.5. Finalmente, ¿el artículo 23.4 de la Directiva (UE) 2019/1024 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma como la prevista en el artículo 489. 1.5.º TRLC, en la medida en que la exoneración se justifica por la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho y la misma se refiere con carácter general al crédito público sin atender a la naturaleza concreta del crédito? En particular, ¿es relevante a tales efectos el hecho de que la justificación genérica se emplee tanto para deudas que aparecen recogidas en el listado del apartado 4 del artículo 23 de la Directiva como de circunstancias o deudas que no aparecen recogidas en tales listados?”

VI. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 10 DE BARCELONA, DE 2 DE MAYO DE 2023 Y LA NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN.

Finalmente, vamos a analizar el AJM n.º 10 de Barcelona, de 2 de mayo de 2023. El concursado Sr. Estanislao presentó el 18 de octubre de 2022 solicitud de exoneración provisional de los créditos no satisfechos con la liquidación de sus bienes y propuso un plan de pagos respecto de los créditos contra la masa y privilegiados que consideraba no exonerables.

La AEAT se opuso a la concesión de la exoneración. El 20 de abril de 2020, la AEAT impuso a Estanislao una multa de 504,99 € con motivo de dejar de ingresar en plazo, en el año 2018, una retención que debía practicar sobre la renta que pagaba en concepto de alquiler del local de negocio. La AEAT consideró que la omisión de esa obligación de retención constituía una infracción muy grave tributaria tipificada en el artículo 191.4 de la Ley 58/2003 General Tributaria al apreciar en la conducta una falta del cuidado que era exigible al contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. La AEAT se opone a la concesión de la exoneración por haber sido Estanislao sancionado en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, sin estar satisfecha dicha sanción en el momento de presentarse la solicitud (art. 487.1.2.º TRLC en redacción dada por Ley 16/2022, que es la que resulta aplicable).

El Juzgado plantea una nueva cuestión prejudicial al TJUE, pues partiendo de que el concursado, tanto en la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, como en la demanda de concurso alega que no es empresario, surge la duda de si la técnica legislativa utilizada por la Directiva al afirmar en su artículo 1.4 que los Estados podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos para la exoneración de dudas de empresarios insolventes a personas físicas insolventes no empresarias, es una directiva de armonización mínima pudiendo los Estados establecer condiciones más restrictivas (que las previstas en la directiva) para el acceso a la exoneración de las personas físicas no empresarias o bien la técnica legislativa utilizada es la de la extensión del mecanismo armonizado de exoneración a los no empresarios, caso de que el Estado quiera hacer uso de esta posibilidad.

Si estamos en este último supuesto, parece que la norma de transposición para no empresarios deberá respetar lo previsto en el Título III de la Directiva “Exoneración de deudas e inhabilitaciones” (arts. 20 a 24). En tal caso, la cuestión que se plantea es la relativa a la interpretación del concepto de comportamiento deshonesto que contempla el artículo 23 de la norma.

Este artículo 23 señala dos grupos de supuestos que impiden acceder a la exoneración. Así, cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, sin perjuicio de las normas nacionales en materia de carga de la prueba (art. 23.1 de la directiva) y en determinadas circunstancias bien definidas siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas, señalando la norma “como en los casos siguientes” que se enuncian en los apartados “a” a “f” (art. 23.2 de la directiva).

En el caso presente, el concursado ha dejado de ingresar cantidades retenidas por una falta del cuidado exigible al contribuyente, sin que haya mediado la utilización de medios fraudulentos. En estas circunstancias el juzgador se plantea si el concepto de comportamiento deshonesto que recoge el artículo 23 de la Directiva incluye comportamientos negligentes y en caso de no incluirlos, si los supuestos del artículo 23.2 (letras “a” a “f”) constituye un listado tasado de supuestos que impiden acceder a la exoneración o los Estados pueden incluir otras circunstancias bien definidas y justificadas como la recogida en el artículo 487.1.2.º TRLC.

Si los Estados no pudieran introducir nuevas circunstancias, o si pudiendo introducirlas deben justificarse en comportamientos deshonestos o de mala fe del deudor, se plantea la adecuación del artículo 487.1.2.º TRLC, en la redacción dada por la Ley 16/2022, al artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 “dado que dicho precepto no hace ninguna distinción en cuanto al tipo de infracción tributaria muy grave y opera como un automatismo de barrera de acceso a la exoneración en todo caso, sin tener en cuenta si la infracción tributaria muy grave responde o no a un comportamiento deshonesto o de mala fe del deudor”.

Sobre la base de esta justificación el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera. ¿Si el legislador nacional opta por ampliar la aplicación de los procedimientos previstos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes, a las personas físicas insolventes que no sean empresarios, como contempla el art. 1.4 de Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, debe ajustar necesariamente su regulación a las previsiones contenidas en el Título III de la Directiva?

Si la respuesta a esa primera cuestión fuera afirmativa,

Segunda: ¿El alcance del concepto de comportamiento deshonesto que recoge el art. 23.1 de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, incluye comportamientos del deudor negligentes o imprudentes que sean la causa de la generación de una deuda?

Si la respuesta a esa segunda cuestión fuera negativa,

Tercera: ¿Los supuestos recogidos en las letras «a» a «f» del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, son una lista tasada de circunstancias bien definidas y justificadas o los estados pueden introducir otras circunstancias bien definidas y justificadas?

Si la respuesta a la tercera cuestión fuera que los estados pueden introducir otras circunstancias bien definidas y justificadas diferentes a los supuestos recogidos en las letras “a” a “f” del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019,

Cuarta: ¿las nuevas circunstancias bien definidas que introduce el estado deben estar en todo caso justificadas en comportamientos deshonestos o de mala fe?

Si las respuestas a la cuarta y quinta preguntas fueran que los estados no pueden introducir circunstancias diferentes a las relacionadas en las letras “a” a “f” del artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019; o que si introducen otras conductas, diferentes, bien definidas, deben justificarse en comportamientos deshonestos o de mala fe del deudor,

Quinta: ¿una interpretación conforme del art. 23 de la Directiva implica dejar de aplicar un precepto como el art. 487.1.2.º del Texto Refundido de la Ley Concursal cuando se observe que la infracción tributaria muy grave responde a un comportamiento del deudor que no es deshonesto ni de mala fe?”

VII. CONCLUSIONES

I. Diversas resoluciones judiciales han planteado cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 2019/1023 en lo referente a la exclusión de deudores del procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho; en lo relativo a deudas no exonerables y en relación con el concepto de buena fe exigible para hacerse acreedor del beneficio.

II. Las cuestiones han versado tanto sobre la normativa del Real Decreto Legislativo 1/2020, anterior a la reforma operada por la Ley 16/2022, ya que es aplicable a las solicitudes de exoneración presentadas antes de la entrada en vigor de esta última norma como sobre la normativa aprobada por la Ley 16/2022.

III. La cuestión de fondo que se plantea es si el impago de ciertas deudas de derecho público puede impedir el acceso a la exoneración (interpretación del artículo 23.2 de la directiva) y si las deudas de derecho público son deudas exceptuadas de exoneración por existir un interés público en el cumplimiento de las mismas (interpretación del artículo 23.4 de la directiva).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.^a (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2022). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid, La Ley.

PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). (2022). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I y II. Madrid, Wolters Kluwer.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 381/2019, de 2 de julio de 2019
- AAP de Alicante, sección 8.ª, de 11 de octubre de 2022
- AAP de Alicante, sección 8.ª, de 31 de enero de 2023
- AJM n.º1 de Alicante, de 25 de abril de 2023
- AJM n.º 10 de Barcelona, de 2 de mayo de 2023

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar” con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuenca Casas.

² Artículo 178 bis Ley 22/2003, Concursal. Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

1. El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. 2. El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3. 3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor. 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya sido celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. 4.º *Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.* 5.º *Que, alternativamente al número anterior:* i) *Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.* ii) *No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.* iii) *No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.* iv) *No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.* v) *Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.* 4. De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio. 5. *El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:* 1.º

Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado. Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida. Si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común. 6. Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés. A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. 7. Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o. c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. 8. Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y

cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior.

³ Artículo 280.2.º y 4.º TRLC en redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2020: “Son créditos con privilegio general: ... 2.º. Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. ... 4.º. Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje, los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados”.

⁴ Artículo 23.2 Directiva 2019/1023: “2. Como excepción a lo dispuesto en los artículos 20 a 22, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen una exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas, como en los casos siguientes: a) cuando el empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores; b) cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión y nacional; c) en caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas; d) en caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración de deudas debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación; e) cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, o f) cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores”.

2. MERCANTIL
DERECHO DE DAÑOS

La responsabilidad extracontractual
del asesor registrado en el MAB.
¿Un caso del artículo 1107 CC?

*The responsibility of MAB registered advisor.
A case of article 1107 CC?*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUME: La responsabilidad extracontractual de asesor registrado en el MAB y la aplicación del artículo 1107 CC.

ABSTRACT: *The non contractual responsibility of MAB registered advisor and the application of the article 1107 CC.*

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad extracontractual.

KEYWORDS: *Non contractual responsibility.*

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ASESOR REGISTRADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2023. UN RECURSO INDEBIDO AL ARTÍCULO 1107 CC.—II. BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ASESOR REGISTRADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2023. UN RECURSO INDEBIDO AL ARTÍCULO 1107 CC

En la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 539/2023 de 19 abril (ECLI:ES:TS:2023:1519, Recurso de Casación núm. 1991/2019; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena; JUR 2023\180923) se falla exigiendo

responsabilidad extracontractual al correspondiente asesor registrado en el MAB (Ernst & Young Servicios Corporativos S.L.) en el conocido caso “Gowex”, para lo que basta recordar que el 1 de julio de 2014, la analista norteamericana Gotham City Research LLC publicó un informe (Informe Gotham) en el que afirmaba que Gowex había falseado los datos sobre su situación patrimonial y financiera y sobre su actividad. Tras la publicación del Informe Gotham, la cotización de Gowex se desplomó y fue suspendida por la entidad rectora del MAB el siguiente día 4. El presidente de Gowex reconoció el falseamiento de la información sobre Gowex, que entró en concurso y no consta que haya finalizado.

A saber, una serie de inversores habían interpuesto una demanda contra Ernst & Young Servicios Corporativos S.L. en la que solicitan que se le condene a indemnizarles en el importe que pagaron por la compra de las acciones de Gowex, con sus intereses desde la interposición de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda *“por cuanto se está reclamando contra E&YSC, como asesor registrado, pero no atribuyéndole las funciones y obligaciones que [le] son propias, sino otras de supervisión de actividad y de revisión de información, que no le corresponden”*.

Recurrida la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a) en Sentencia de 13 febrero 2019 (JUR\2019\213603) concluyó que *“no cabe imputar responsabilidad civil al Asesor Registrado porque su participación en el fraude de Gowex no se demuestra que fuera dolosa y porque la omisión de detección del fraude no pudo infringir un inexistente deber de proteger el patrimonio de los inversores, que solo se impuso mediante una reforma legal de 2015”*.

El Tribunal Supremo, contradice a la Audiencia Provincial, admitiendo la responsabilidad extracontractual culposa y el debido resarcimiento, en lo que ahora nos interesa, del siguiente modo:

13. La afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que el carácter no doloso de la actuación de E&YSC supone que no debe resarcir los daños puramente económicos con base en el art. 1107.II del Código Civil no es correcta. Lo que se prevé en tal precepto legal, que la jurisprudencia ha considerado desde antiguo también aplicable a la responsabilidad extracontractual (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989 y 24 de noviembre de 1995, entre otras), no es una diferenciación entre daños puramente económicos y daños de otra naturaleza, sino entre los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever y que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, de los que el incumplidor responde en todo caso (art. 1107.I del Código Civil), y todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la faltade cumplimiento de la obligación, de los que el incumplidor solo responde en caso de actuación dolosa (art.1107.II del Código Civil). En el presente caso, era previsible que la falta de control adecuado de la información facilitada por el emisor para ser puesta a disposición de los inversores podía provocar una formación incorrecta del precio de sus acciones y un daño a los inversores cuando se conociera la información correcta y que tal circunstancia afectaría al precio de las acciones.

Excede con mucho el ámbito de este trabajo la realización de un análisis pormenorizado de los presupuestos por los que se llega a la exigibilidad de la responsabilidad extracontractual culposa del asesor registrado en el MAB, siendo que lo que nos ha centrado la atención tras la lectura de la sentencia del Tribunal

Supremo es la aplicación sin mayores razonamientos del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual predicada, lo que se efectúa mediante una simple referencia a otras sentencias anteriores de la misma Sala de lo Civil admitiendo lo mismo, pero igualmente sin razonamiento jurídico íntegro, más allá de admitir lo controvertido de la cuestión, tal y como veremos.

La preocupación que causa la lectura de aplicaciones normativas por nuestro Alto Tribunal sin entrar a razonar sobre el debate existente y motivar el por qué en la adopción de una de las corrientes de pensamientos existentes sobre el particular, debería ser considerable, pese a que anhelar que suceda precisamente lo contrario a lo anterior no deje de ser eso, un verdadero anhelo huérfano de toda esperanza, principalmente, ante los rechazos constantes de las alegaciones sobre la falta de motivación de sentencias.

En este sentido, se nos tiene dicho por el Alto Tribunal que la exigencia de motivación no requiere un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener sobre la cuestión litigiosa, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que dejen constancia de cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión; o dicho de otra manera, la *ratio decidendi* (razón de decidir) que ha determinado la resolución tomada, por ej. (SSTS 294/2012, de 18 de mayo (RJ 2012, 6358). Sin embargo, en la práctica observamos que pese a dichas elocuentes afirmaciones, son constantes los rechazos judiciales a las alegaciones de falta de motivación de las sentencias, sin apoyo alguno.

Lo anterior es preocupante, pero en realidad está completamente unido a lo que venimos atendiendo en los últimos años sobre el papel de la Jurisprudencia y la función del recurso de casación, así como con lo ocurrido en la última reforma efectuada sobre el mismo mediante el sorprendente y sorpresivo Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio que lo impide muchísimo al crearse un recurso de casación con el nivel tan preponderante e incluso vinculante de la doctrina jurisprudencial, sobre todo a la luz del nuevo artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como decíamos la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023 decide la aplicación del artículo 1107 a la responsabilidad extracontractual sobre la base de la siguiente afirmación lacónica:

“Lo que se prevé en tal precepto legal, que la jurisprudencia ha considerado desde antiguo también aplicable a la responsabilidad extracontractual (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989 (RJ 1989, 4702) y 24 de noviembre de 1995 (RJ 1997, 6362) , entre otras)”.

Pues bien, basta una mera referencia jurisprudencial para lograr el objetivo normativo, pero ¿qué decían las sentencias que sirven de base en este caso al Alto Tribunal?

La referida sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, no analiza los presupuestos de aplicación del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual —contrariamente a lo que a primera vista, nos hubiera hecho pensar la atendida sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023— sino que la *ratio decidendi* de la misma es la aplicación del artículo 1103 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual, resolviendo sólo de paso el

debate en torno al artículo 1107 del Código Civil, en cuanto a la existencia de una supuesta analogía, cuando afirma que:

A) *De acuerdo con el tenor literal del susodicho art. 1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un «precepto aplicable a toda clase de obligaciones», como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Capítulo del Código (así artículos 1104, 1106 y 1107), que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de las obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito.* B) *La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga —tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina— a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art. 1103, resultados contrarios a la equidad.*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995 establece aplicable el artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual sobre la base de una “doctrina científica mayoritaria” (inexistente con tal rotundidad, a nuestro juicio), pero sobre todo porque lo ha hecho su precedente, a saber, la sentencia citada del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, cuando dice lo siguiente:

“El primer motivo alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1107 del Código Civil en la medida que se aplican a la responsabilidad extracontractual criterios delimitativos de la extensión resarcitoria propios y exclusivos de la responsabilidad extracontractual. El artículo 1107 del Código Civil que establece los límites de la responsabilidad del deudor de buena fe y del deudor por dolo por la falta de cumplimiento de sus obligaciones, entendiéndose por deudor de buena fe al que incumple por culpa, por contraposición al que lo hace con o por dolo, es aplicable, no obstante su ubicación en el Código, también a las obligaciones nacidas de culpa extracontractual y así lo viene señalando la doctrina científica mayoritaria y lo ha establecido esta Sala que en su Sentencia de 20 junio 1989 (RJ 1989\4702) afirma que «de acuerdo con el tenor literal del susodicho artículo 1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un precepto aplicable a toda clase de obligaciones, como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Código (así los artículos 1104, 1106 y 1107) que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito»; no hay, por ello, obstáculo alguno a que para fijar la cuantía de la indemnización se acuda en las obligaciones extracontractuales al grado de conducta dolosa o culposa observada por el responsable, al igual que se hace en las obligaciones contractuales en aplicación del artículo 1107 citado.”

De esta forma y finalmente, precedente tras precedente descubrimos que la aparente razón jurisprudencial de fondo para la aplicación del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual es la “analogía”.

Acercándonos de nuevo al artículo 1107 del Código Civil, retomamos —creemos que por su utilidad, para la comprensión de esta complicada norma jurídica— ciertas consideraciones que hicimos en su día sobre el origen y alcance de la misma, cuando decíamos ¹que sin duda, Pantaleón Prieto ²nos ofrece una

magnífica visión sobre los antecedentes históricos del artículo 1107.1 CC 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*³, 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”*.

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 aquéllos 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 porque 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>.

Por lo tanto, en el juicio de previsibilidad reside el límite de la responsabilidad del deudor culposo, ya que éste sólo puede responder de los daños previstos o previsibles al tiempo de la contratación.

Como afirma Pantaleón Prieto (vid. op. cit. pág. 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 sólo 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. págs. 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 aquélla, 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*>.

Sin embargo, el propio Pothier ⁴ admite también el resarcimiento del daño extrínseco cuando éste hubiera sido contemplado en el contrato (lo que Morales Moreno, ⁵ 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. págs. 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>.

Además, es el interés del acreedor en cuanto al daño resarcible (art. 1106 CC) al que hay que estar, 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 supuesto.

Ubicado el artículo 1107 CC y la responsabilidad del deudor culposo, volvamos de nuevo al problema que nos ocupa, a saber, su aplicación o no a la responsabilidad extracontractual, para lo que expondremos las principales líneas de discusión doctrinal al respecto, que en suma nos hace llevar a negar la aplicación analógica del artículo 1107 CC a la responsabilidad extracontractual que efectúa el Tribunal Supremo dada la inexistencia de identidad de razón, ex. art. 4 CC.

De nuevo, con acierto, Pantaleón Prieto (vid. op. cit. págs. 1030 y 1031) sobre la base del razonamiento de la previsibilidad contractual donde debe residir la aplicación del artículo 1107.1 CC, 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 CC 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 sólo 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.>

Los Mazeaud ⁶ son de la misma opinión cuando sostienen que <la regla (...) carece de aplicación en las obligaciones delictuales y cuasidelictuales, mientras que la obligación contractual depende de la exclusiva voluntad de las partes, que limita así su extensión a las obligaciones previsibles, el deudor delictual está obligado pese a él, su voluntad no podría servir para restringir su obligación. Por eso, la limitación de la responsabilidad tan sólo al daño previsible (...) no se aplica fuera de la esfera contractual>.

Sánchez Arísti ⁷al entender el juicio de previsibilidad <como un juicio hipotéticamente elaborado ex ante en el momento de surgir la obligación ...y no en el momento de producirse el incumplimiento> termina razonando <que se hace difícil aceptar la aplicación del art. 1107.1 al campo de la responsabilidad extracontractual>.

Por lo tanto, tenemos como argumentos para negar la aplicación analógica la imposibilidad de previsibilidad en el caso de la obligación extracontractual ya que habría que prever en el momento de producción del daño y precisamente es el daño lo que resulta objeto de previsión, así como que la obligación de indemnización extracontractual nace al margen de la voluntad del deudor, a diferencia de la obligación contractual.

Por su parte, Peña López, ⁸ se pronuncia directamente sobre la inaplicación analógica del artículo 1107 CC del siguiente modo: <Si el art 1107 CC es una norma que se explica solamente en relación con principios peculiares de las obligaciones nacidas de los contratos como es el de la primacía de la voluntad de las partes contratantes, mal puede ser encontrada una *eadem ratio* en sede de responsabilidad extracontractual. Siendo ello así, a nuestro juicio, desaparece toda posibilidad de aplicación analógica, pues tal requisito es indispensable para realizarla de conformidad con lo dispuesto por el art. 4.1 CC>

En realidad y con carácter general, la aplicación analógica entre las normas de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, ya había sido negada por un autor de gran talla e indudable magisterio como es Díez-Picazo, ⁹ quien se pronunciara así al respecto: <desde un punto de vista interpretativo un ulterior problema surge en punto a la posibilidad de trasladar la norma del párrafo segundo del artículo 1104 —diligencia de un buen padre de familia— indiscutible en materia de responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual. Hay que decir que la jurisprudencia no ha tenido empacho alguno en aplicar indiscriminadamente los preceptos generales de los artículos 1101 y siguientes en uno y otro campo, pero el probable punto merece ser examinado con un mayor vigor.

Situados en este punto los argumentos interpretativos podrían ser dos. Según el primero, es legítimo pensar que el legislador, al emplear los términos de culpa y negligencia en el artículo 1902 CC les quiso atribuir el mismo alcance que ya les había dado en el campo contractual, porque, en otro caso, hubiera debido decirlo. La conclusión es que no hay responsabilidad por culpa inferior a la ordinaria. El segundo argumento puede aproximarse al de la analogía, de manera que la expresión culpa del artículo 1902 se interpreta, por analogía en mismo sentido que la palabra tiene en la esfera contractual. Sin embargo, hay que reconocer que ninguno de los dos argumentos posee una fuerza decisiva: porque es ilusorio hablar de una voluntad del legislador, que se supone; y frente a la pretendida argumentación analógica se puede siempre decir que las dos situaciones contractual y extracontractual son diferentes y que no hay identidad de razón para decidir en uno y en otro lo mismo>.

De un parecer distinto es Yzquierdo Tolsada, quien se muestra claramente por la aplicación del artículo 1107.2 CC (deudor culposo) al ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando razona que: <Mientras el art. 1107 sea Derecho vigente, las diferencias no deberían encontrar su origen en el carácter contractual o extracontractual de la obligación, sino en el carácter doloso o no doloso

de la conducta. Existiendo sólo culpa o negligencia, y aunque la obligación sea extracontractual, «ninguna dificultad hay en limitar la responsabilidad a los daños previstos y previsibles en el momento de causarse el hecho ilícito, que es cuando queda constituida la obligación».

Para ello, se apoya también Yzquierdo Tolsada ¹⁰ en los PETL que aluden a la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del siguiente modo: «la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad» (art. 3:201.a), añadiendo por otro lado la siguiente reflexión junto a un ejemplo jurisprudencial sugerente: <Son éstas unas reflexiones difícilmente contestables: ¿cómo no va a formar parte la previsión del mundo de la responsabilidad aquiliana? Así, por ejemplo, ¿no forma parte de las exigencias de la más elemental previsión el que las instalaciones de una discoteca se encuentren en condiciones? Si no, puede suceder que un cliente comience a hacer piruetas y tonterías agarrado a una barandilla no demasiado bien sujeta y caiga desde la primera planta a la pista de baile, lesionando a quien allí bailaba. Dice la STS de 2 octubre 1997 (RJ 1997, 6964) que «es indudable que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la sala, toda vez que los empleados de tal menester tenían que haber estado atentos, en todo momento, de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento»>

Llegados a este punto de exposición, creemos realmente que no cabe una aplicación analógica del artículo 1107.1 CC a los supuestos de responsabilidad extracontractual, no sólo por las diferencias claras entre ambos regímenes de responsabilidad sino realmente porque el juicio de previsibilidad sobre el daño ha de hacerse efectivamente en el momento de producción del mismo ya que es en este momento cuando surge la obligación de indemnizar art. 1107 I, (daños «*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*»), por lo que no puede preverse el daño en el momento de producción del mismo y así no es lo mismo, que cuando surge la obligación contractual donde efectivamente existe la posibilidad racional de practicar el juicio de previsibilidad al que ordena la norma.

Por otro lado, creemos que el artículo 1089 CC impone la responsabilidad extracontractual en la que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, siendo este un importante escollo normativo a la pretensión de graduación de culpas en la responsabilidad extracontractual, ya que, ante lo anterior, surge la obligación íntegra de reparación del daño causado. De nuevo, Díez-Picazo (vid. op. cit, pág. 1024) nos enseña que el artículo 1089 CC no se refiere a ningún tipo de graduación de culpas en la responsabilidad extracontractual, cuando afirma lo siguiente: <literalmente no se refiere al grado de la culpa, sino al género de ésta (p. ej. culpa en hecho propio, en hecho ajeno, *in vigilando*, etc.)>

A nuestro juicio, si no es posible la graduación de culpas en la responsabilidad civil extracontractual (vid. arts. 1089 y 1902 CC), no es correcta la aplicación a la misma de la previsión normativa del artículo 1107 CC.

En definitiva, como dice Pantaleón Prieto ¹¹ <la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la

conducta y a la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2.^a 18-X-1979)>.

No es común, pero sí se encuentra alguna resolución judicial que llegue a la misma conclusión anterior. En este sentido, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 812/2019 de 27 noviembre de 2019 (JUR 2020\70906), que razona lo siguiente: *“La graduación de la culpa (esto es, distinguir entre culpa lata o grave, leve y levísima) no tiene interés alguno en la responsabilidad extracontractual, con independencia de la posición que se adopte sobre su admisibilidad en relación con las obligaciones contractuales. En efecto, toda vez que el autor del acto ilícito responde siempre del daño, cualquiera que sea el grado de la falta de diligencia que se pueda identificar en el supuesto de hecho, es innecesario resucitar la vieja doctrina de la graduación de la culpa. En tal sentido, parece indudable el sentido que ha de atribuirse al artículo 1089 cuando habla de <<... y de los actos u omisiones ilícitos o eh que intervengan cualquier género de culpa o negligencia>>.”*

Aunque, obviamente, encontremos precisamente el signo contrario en el Tribunal Supremo. Citamos, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 165/2012 de 12 marzo de 2012 (RJ 2012\5442), que se expresa de la siguiente forma: *“»Primero.—Se ejercita en el supuesto de autos la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27) en el que se dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”. Para el éxito de la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana a que se refiere este precepto han de darse los siguientes requisitos según constante jurisprudencia (entre otras SSTS de 20 de junio de 1984 (RJ 1984, 3253) y las allí citadas): A) como elemento objetivo la realidad de un daño, B) como elemento subjetivo la existencia de una acción u omisión culpable o negligente. La graduación de la medida de la diligencia exigible al sujeto es de la mayor trascendencia para hacerle responder o no del daño. Por esta razón el Código Civil, en su artículo 1104 , y que también es de aplicación a la culpa extracontractual por formar esta junto a la responsabilidad contractual una unidad de concepto, viene a dar el baremo de tal graduación , refiriéndolo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. De esta forma, si esa falta de diligencia cae fuera de lo que en la vida social puede ser exigido en la situación concreta de que se trate, no se puede declarar la responsabilidad del sujeto y C) y como elemento causal, la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión culpable o negligente.”*

Sentado lo anterior, el desacierto sobre el particular para la aplicación del artículo 1107 CC por parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023, reside en la siguiente afirmación: *“En el presente caso, era previsible que la falta de control adecuado de la información facilitada por el emisor para ser puesta a disposición de los inversores podía provocar una formación incorrecta del precio de sus acciones y un daño a los inversores cuando se conociera la información correcta y que tal circunstancia afectaría al precio de las acciones.”* Confunde el Alto Tribunal el momento temporal del juicio de previsibilidad pretendido, ya que éste en sede extracontractual como hemos visto ha de hacerse en el momento de producción del daño, que es cuando surge la obligación resarcitoria, ex. artículo 1902 CC.

Pero no resultó menor desacuerdo el de la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) de 13 febrero 2019 (JUR\2019\213603) en cuanto a la inteligencia del artículo 1107 CC, que lo centramos principalmente en el siguiente pasaje de la misma:

“39. e) Responsabilidad por cumplimiento defectuoso del contrato como asesor registrado. La imputación de responsabilidad al asesor registrado por prestación defectuosa no infringiría el criterio de prohibición de regreso (v. SAP Madrid 11.ª 420/2017, 17.11); pero estamos ante una pérdida puramente económica del inversor, tercero no contratante (v. SSTS 1.ª rec. 4215/1999, 11.7.2006 y 579/2015, 3.11; ampliamente, SAP Madrid 11.ª 422/2017, 22.11). En síntesis, son daños puramente económicos los que no derivan de un daño en las personas ni en las cosas. La apódisis de calificar un daño como puramente económico es negar su resarcibilidad excepto los casos dolosos (art. 1107 IICC) o en los que puede afirmarse un deber de garantía o si fuera un daño contenido (transferred loss). La regla para daños puramente económicos entre extraños (la expresión economic loss rule se reserva en algún texto para daños no— contractuales entre contratantes) es que el contratante A no tiene responsabilidad extracontractual frente al tercero extraño C por daños puramente económicos causados por un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de contrato de A con B; solo existe un deber de cuidado de no causar daños personales o daños a otras propiedades de C. C solo está legitimado para una acción no-contractual si el incumplimiento del contrato ajeno le ha causado un daño al mismo C o a sus propiedades. Desde luego, A y C pueden concluir un contrato colateral (v. g. una garantía o asunción convencional del prestador) pero no es misión de los tribunales crear tal garantía. El fundamento de la regla restrictiva de los daños puramente económicos entre extraños parte de que C no puede aprovecharse de lo que no ha pagado (free rider), en evitar el riesgo moral ante una eventual indemnidad del principal responsable (Wilder Corp v Thomson Drainage 658 F3d 802 [7th Cir 2011]), en guiar la pretensión hacia acciones especiales tipificadas y, sobre todo, en evitar “una responsabilidad por una cuantía indeterminada, durante un tiempo indeterminado frente a una clase indeterminada” (Ultramares Corp. v Touche 255 NY 170 [1931] Cardozo, J.) “provocando una avalancha de litigios (floodgates argument).”

Recordemos a estos efectos, que el objeto de la pretensión resarcitoria de los actores era la siguiente: “6. D. Juan Luis, D.ª María Antonieta, D.ª Bárbara y D.ª Belinda han interpuesto una demanda contra Ernst & Young Servicios Corporativos S.L. en la que solicitan que se le condene a indemnizarles en el importe que pagaron por la compra de las acciones de Gowex, con sus intereses desde la interposición de la demanda.”

La reparación de la responsabilidad extracontractual tiene que ser total, es decir se resarce “el daño causado”, ex. artículo 1902 CC, no es dable, pues, atender a ningún tipo de limitación, como hizo la Audiencia Provincial en función, también, de la indebida aplicación al ilícito aquiliano del artículo 1107 CC. Pero la Audiencia incluso va más allá, puesto que también confunde el objeto del resarcimiento a la hora de aplicar el artículo 1107 CC, incurre, pues en un doble error.

Como decíamos, en sede del artículo 1107 CC, atendemos 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).

De esta forma, en un primer plano, entendemos que el daño producido se corresponde claramente con un daño en la cosa objeto de la obligación (si en términos contractuales, tuviéramos que hablar), es decir, la pérdida de la inversión, y por lo tanto ha de ser objeto de resarcimiento, sin que podamos entender el significado que realiza para excluir lo que denomina “daño económico”, y obviamente, resarcibles incluso en el caso de deudor culposo o de buena fe, ex. art. 1107 CC, si a efectos meramente dialécticos admitiéramos la aplicación del referido precepto a la responsabilidad extracontractual enjuiciada en el caso de Autos, de ahí, que el Tribunal Supremo —aunque con criterio no acertado, tal y como hemos visto— terminase fallando lo siguiente: “— Por eso, procede condenar a E&YSC al pago de la indemnización consistente en el precio pagado por los demandantes por sus acciones (salvo la partida a que se ha hecho referencia en el apartado anterior), de la cuota de liquidación que hayan podido percibir si la liquidación concursal de Gowex ha finalizado ya y se ha pagado alguna cantidad en tal concepto a los socios, o bien con cesión a E&YSC del crédito que los demandantes tuvieran por tal concepto en el referido concurso, si el mismo aún no hubiera concluido.”

II. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ PICAZO. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Anuario de Derecho Civil, Vol. 54, N.º 3, 2001.
- MAZEAUD H.LY J. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- MORALES MORENO. El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO. Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, Vol. II, BOE, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). Anuario de Derecho Civil, T. III, 1991.
- PEÑA LÓPEZ. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Editorial Comares, 2002, pág. 240.
- POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.
- REDONDO TRIGO. Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n.º 97, N.º 784, 2021.
- SÁNCHEZ ARISTI. Comentario del art. 1107. en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Coord.) en Comentarios al Código Civil. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA. Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos, efectos y consecuencias. 6.ª ed. Dykinson.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 marzo de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012
- Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 19 abril de abril de 2023
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 noviembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 febrero 2019

NOTAS

¹ Redondo Trigo. <Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria>, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 97, N.º 784, 2021, págs. 1336-1353.

² Pantaleón Prieto. <El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)>. *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.

³ Pothier. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.

⁴ Así explica, Pothier, que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llega 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 aquéllas, así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, 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 sólo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquél, 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 sólo 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>.

⁵ Morales Moreno. *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.

⁶ Mazeaud H.Ly J. *Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

⁷ Sánchez Aristi. <Comentario del art. 1107> en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Coord.) en *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1293.

⁸ Peña López. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Comares, 2002, pág. 240.

⁹ Díez Picazo. <La culpa en la responsabilidad civil extracontractual>. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, N.º 3, 2001, pág.-1025.

¹⁰ Yzquierdo Tolsada. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos, efectos y consecuencias*. 6.ª ed. Dykinson, págs. 297 y ss.

¹¹ Pantaleón Prieto. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, BOE, 1991, pág. 1971.

3. URBANISMO

Soluciones para la definición de parcelas edificables desde un proyecto de reparcelación: los espacios interpuestos

Solutions for the definition of buildable plots by a plot-redivision project: interposed spaces

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan las posibilidades de fraccionamiento por un proyecto de reparcelación de fincas de resultado que queden dentro de una de las manzanas, con el fin de que todas ellas puedan adquirir la condición de solar, dotando a las que queden enclavadas de acceso directo a vía pública a través de los llamados espacios interpuestos.

ABSTRACT: *This comment analyses the possibilities of dividing up plots defined by a plot-redivision project within the same block so that all of them can acquire the condition of buildable plots, providing direct access to public roads through the so-called interposed spaces when it's required.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, solar, parcela edificable, espacio interpuesto.

KEYWORDS: *Plot-redivision project, reparcelization, buildable plot, interposed spaces.*

Resolución de 18 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONDICIONANTES LEGALES DE LA DEFINICIÓN DE FINCAS DE RESULTADO DE LA REPARCELACIÓN. 3. CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 4. ARTICULACIÓN JURÍDICO-URBANÍSTICA DE LOS ESPACIOS INTERPUESTOS: EL ESTUDIO DE DETALLE. 5. POSIBLES FÓRMULAS DE ARTICULA-

CIÓN JURÍDICO-CIVIL DE LOS ESPACIOS INTERPUESTOS. A) *Servidumbre*. B) *Titularidad «obrem»*. C) *Constitución de un régimen de complejo inmobiliario o propiedad horizontal tumbada*.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta en el Registro escritura pública en que dos cónyuges procedieron, previa aportación del esposo de una tercera parte de la finca a su sociedad conyugal, a ampliar y adicionar la obra nueva existente sobre la misma y a dividirla horizontalmente.

El registrador denegó la inscripción, en lo que aquí interesa, con base en el artículo 396 del Código Civil y 1 de la Ley 49/1060, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, de donde resulta que sólo pueden constituirse como fincas independientes aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública, concluyendo que falta acceso del departamento número cinco desde la vía pública o desde un elemento común del edificio.

Notificada la anterior calificación, por parte del notario autorizante, se interpuso el correspondiente recurso con base en las siguientes alegaciones: «B) Que en el ejercicio de las Leyes no implica y en este caso, tanto la Ley de Propiedad Horizontal como el Código Civil, pues tienen que adaptarse no genéricamente sino al caso concreto que nos ocupa y que en este supuesto es el presente recurso. 1) Que a diferencia de la interpretación llevada a cabo por el Registrador de la Propiedad que del precepto del Código Civil, y además del artículo 396 y de la Ley de Propiedad Horizontal artículo 1 49/1060, de 21 de junio, de Propiedad Horizontal, estimo: a) Que no se está planteando un tema relativo a la amplitud con lo que la mencionada Ley y el referenciado Código Civil regula, pues en este caso concreto nos encontramos, simplemente, con una edificación unifamiliar, lo que significa que hay que tener una flexibilidad mayor que si esta edificación abarcase más de dos plantas del que integrasen el mismo; lo que implica que dada la ubicación de las plantas y su superficie no existe obstáculo alguno para que si un departamento en unión de otro departamento y por lo cual y si se transmitiese a personas distintas, no plantearía ningún problema jurídico pues si resultase esos dos propietarios como distintos condueños de las fincas, el predio transmitente tendrá que otorgar y a favor del predio adquirente una servidumbre de paso, con las condiciones, en cuanto a su ubicación, longitud y anchura que determinen ambas partes y sin perjuicio de que así fuese consentido y con la conformidad unánime de todos los propietarios que forman parte integrante del edificio, decidiesen que dicha servidumbre se constituyese a través de un elemento común del edificio. b) Que según resulta de Resolución de 2 de noviembre de 2009, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado: Se pretende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre con la siguiente cláusula: Tercero: Servidumbre y derecho de uso. La finca matriz o parcela resultante A tendrá derecho de uso exclusivo del espacio sobre rasante de la parcela segregada o resultante letra B. El registrador considera que estamos ante una situación de propiedad horizontal y que, por tanto, debe darse al tratamiento de un conjunto

inmobiliario, aplicando el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal. Resuelve la DGRN estimando el recurso, pues considera que ha de admitirse la presente servidumbre en base a principio existente de *numerus apertus* de derechos reales, especialmente en materia de servidumbres, conforme al principio de autonomía de la voluntad. Además de ello, en la servidumbre que se constituye no existe la dualidad elementos privativos-elementos comunes típicos de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios, por lo que haría falta una configuración distinta a la que no se puede obligar, para que los derechos y deberes resultantes pudieran subsumirse en una u otra figura. Resolución que consiste en prueba a favor y si llegasen a ser propietarios distintos de los departamentos números tres y cinco de la constitución de servidumbre o el acceso a través de un elemento común y en los términos ya reflejados. ...En definitiva. a) Que al ser una vivienda unifamiliar, si se transmitiesen la propiedad de las fincas números 5 y 3, conjuntamente, no sería necesario ninguna modificación de los departamentos que integran la división horizontal. b) Que si se efectuase una transmisión, con respecto al departamento número 5, lo cual es poco factible al ser una vivienda unifamiliar, como ya se indicó anteriormente, y el adquirente no fuese propietario del departamento número 3, tendrá acceso: 1. A través del departamento número 3 y que al formalizarse dicha escritura de transmisión, tendrían que determinar ambas partes la localización de la servidumbre de paso a favor del departamento número 5 y por lo tanto con las condiciones, longitud y anchura que ambas partes determinen, y todo ello de conformidad con la normativa vigente, con respecto a las servidumbres legales. 2. Todo ello sin perjuicio que con el consentimiento de la comunidad de propietarios del edificio calendarado, pueda el propietario del departamento número 5 constituir una servidumbre de paso para que dicho departamento pueda tener acceso al rellano de las escaleras a esta planta».

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La fundamentación empleada por la Dirección General parte de los artículos 392 y 396 del Código Civil, 1 y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 y 9 de la Ley Hipotecaria, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 23 de noviembre de 1999, 3 de julio y 5 de octubre de 2000, 7 de octubre de 2002, 10 de junio de 2006 y 9 de junio de 2009.

La cuestión planteada versa sobre si es susceptible de inscripción un elemento privativo (trastero, entidad número 5) que no dispone de salida directa a un elemento común ni a la vía pública, si bien en la escritura de división horizontal se establece que está situado en la planta alta, bajo cubierta, del edificio «con entrada a través de trampilla por el departamento número tres». Sin embargo, en la descripción o configuración del elemento privativo número tres no se hace referencia alguna a dicho paso, ni se establece en la escritura servidumbre ni vinculación jurídico-real alguna entre dichas entidades tres y cinco, ni a favor de aquella se grava ninguna otra finca.

Se reproducen a continuación los fundamentos de derecho 2, 3 y 4.

«2. Nuestro régimen de propiedad horizontal diseña un sistema en el que se compatibiliza el uso privativo de determinados espacios autónomos y diferenciados, con el uso compartido o colectivo de otros, que tienen la conceptualización de elementos comunes. Por eso, en el régimen especial de copropiedad que supone la propiedad horizontal que se regula en nuestro Derecho, constituye un elemento definidor de los elementos privativos el que se trate de zonas delimitadas del edificio susceptibles de aprovechamiento separado e independiente. Y para que sea posible ese disfrute y aprovechamiento independiente es imprescindible que tales elementos privativos tengan salida propia a un elemento común o a la vía pública.

3. En efecto, constituye un elemento configurador del elemento privativo el que tenga salida a la vía pública, o a un elemento común del edificio, porque se comunicará con el exterior. Esta comunicación o libre acceso con el exterior puede ser directa, por dar a la calle, o a través de un elemento común, tal y como prevé el artículo primero de la Ley. Pero también se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquél, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave a un inmueble (que puede ser otro elemento privativo) que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común.

4. Esa posibilidad de circulación o tránsito con exterior que ha de brindar, para serlo, todo elemento privativo, en cualquiera de las formas indicadas, debe ser actual, es decir coetánea a su propia configuración como elemento privativo, pues este es el diseño que impone el legislador. En otro caso no se puede definir como tal elemento privativo, y gozar del estatuto real propio del mismo, dentro de un régimen de propiedad horizontal, aunque pertenezca el entero edificio a un único propietario.

Por ello, esta Dirección General ha acordado desestimar este recurso y confirmar la nota registral, en los términos que resultan de los precedentes razonamientos».

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

La Resolución de 18 de enero de 2013, cuyo contenido acaba de detallarse, desenvuelve la exigencia recogida como presupuesto para la constitución de este régimen tanto en el artículo 396 del Código Civil como en el 1 de la Ley de Propiedad Horizontal, consistente en que sólo pueden tener la consideración de elementos privativos aquellos que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública.

En el caso contemplado se deniega la inscripción de la división horizontal por entender que alguno de los elementos que se pretendía configurar como privativo no tenía salida a la vía pública ni a un elemento común para comunicar con el exterior. Pero, recogiendo la doctrina de otras resoluciones anteriores, la Dirección General da un paso más al considerar que «esta comunicación o libre acceso con el exterior puede ser directa, por dar a la calle, o a través de un elemento común, tal y

como prevé el artículo primero de la Ley», añadiendo que «también se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquel, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave a un inmueble (que puede ser otro elemento privativo) que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común».

Esta interpretación amplia y plausible de la exigencia legal es aplicada por la Dirección tanto a los supuestos de propiedad horizontal, ordinaria o tumbada, como a los complejos inmobiliarios. Así, la Resolución de 5 de octubre de 2000 contempla un supuesto en que se deniega la inscripción del título constitutivo de división de «un «complejo industrial en tres edificios de planta baja, dos de los cuales tienen su acceso mediante faja de terreno perteneciente a otro o a los otros dos. Uno de los defectos insubsanables invocados por el registrador es la «falta de salida de los elementos privativos a un elemento común o a la vía pública». La Dirección General confirma este defecto al señalar que «si los elementos privativos uno y dos tienen su acceso desde la calle, mediante faja de terreno perteneciente al departamento número tres, no se cumplen las exigencias legales establecidas, ni siquiera mediante la constitución de servidumbre, para que el elemento privativo pueda tener un acceso propio».

En definitiva, el presupuesto legal necesario para la configuración de un elemento como privativo consistente en que tenga salida a vía pública o a un elemento común puede considerarse cumplido también de manera mediata a través de lo que normalmente se conoce como un «espacio interpuesto» que lo conecte con el exterior, es decir, a través de otro elemento privativo, siempre que se constituya debidamente una facultad o vinculación jurídico real de la que resulte aquella conexión, entre las cuales las dos resoluciones citadas aluden al derecho real de servidumbre, pero sin excluir otras fórmulas jurídicas.

Una solución semejante es la que se emplea en el ámbito urbanístico para la consideración de un inmueble como solar. La legislación urbanística, primero la estatal y después la autonómica, ha exigido desde antiguo como requisito necesario para el otorgamiento de licencias de edificación que haya concluido el proceso de ejecución del planeamiento, proceso que comprende la realización de las obras de urbanización necesarias para que todas las parcelas incluidas en el ámbito de que se trate alcancen la condición de solar en los términos previstos por la legislación y la normativa urbanística aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de urbanización y edificación simultánea que también admiten en general las leyes del suelo.

En los apartados que siguen se analizan los posibles obstáculos que ha de sortear un proyecto de reparcelación para lograr el fraccionamiento de alguna de las manzanas o unidades básicas previstas por el planeamiento a fin de incluir en ellas una pluralidad de fincas de resultado cuando las especiales características de la ordenación y las físicas del entorno obligan a que alguna de ellas quede enclavada entre las demás sin tener acceso inmediato a la vía pública.

2. CONDICIONANTES LEGALES DE LA DEFINICIÓN DE FINCAS DE RESULTADO DE LA REPARCELACIÓN

Como se ha adelantado, uno de los presupuestos establecidos en general por la legislación urbanística para la consideración de una parcela como solar y, por

tanto, para que pueda concederse la correspondiente licencia de edificación, consiste en que dé frente a vía pública a fin de posibilitar el acceso a la misma, como ya establecía la Ley del Suelo de 1976 en su artículo 82 y así lo prevé la legislación de suelo autonómica de modo generalizado.

Así, por ejemplo, esta exigencia aparece recogida de manera directa y taxativa en algunas leyes del suelo, como la cántabra¹, la castellano-manchega², la castellanoleonesa³, la extremeña⁴ o la madrileña⁵. La primera de ellas establece en su artículo 41.1 que «Tendrán la consideración de solar las superficies de suelo urbano legalmente divididas y aptas para la edificación y uso inmediato que reúnan los siguientes requisitos: a) Si existe planeamiento, que estén urbanizadas con arreglo a las normas y criterios establecidos en él, debiendo tener señaladas, en todo caso, alineaciones y rasantes. b) Si no existiere planeamiento o en ausencia de determinación de éste, se precisará que, además de contar con los requisitos generales del párrafo a) del artículo 37.2, la vía a la que la parcela dé frente tenga completamente pavimentada la calzada, alumbrado público y encintado de aceras». Por su parte, la Ley extremeña establece en su artículo 8 que «1. Tendrán la condición de solar las parcelas de suelo urbano aptas para la edificación que estén integradas legal y efectivamente en la red de servicios del núcleo urbano y cuenten, por tanto, con acceso desde espacio público urbanizado perteneciente a la trama urbana, servicios de abastecimiento y evacuación de aguas, así como suministro de energía eléctrica y alumbrado público, todos ellos de características suficientes para servir a la edificación permitida por el planeamiento urbanístico. Si existiera planeamiento, además de lo anterior, habrán de contar con ordenación pormenorizada y estar urbanizadas de acuerdo con las alineaciones y rasantes de todas las vías a las que den frente. 2. Los terrenos incluidos en suelo urbano y suelo urbanizable sólo alcanzarán la condición de solar cuando se haya ejecutado el instrumento de ordenación y recibido por la administración las obras de urbanización exigibles incluidas, en su caso, las de conexión del sector con los sistemas generales existentes, ampliación o refuerzo. 3. La condición de solar será requisito imprescindible para que se pueda otorgar licencia de edificación. No obstante, excepcional y motivadamente, se podrá autorizar la edificación y la urbanización simultáneas conforme al artículo 140».

En algunas comunidades autónomas se habilita expresamente al planeamiento urbanístico para precisar o completar esta exigencia, como sucede en Canarias⁶, cuya Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos dispone en su artículo 48 que «1. Tienen la condición de solares las superficies de suelo urbano aptas para la edificación que se encuentren dotadas de los siguientes servicios: a) Acceso por vía pavimentada, debiendo estar abiertas al uso público, en condiciones adecuadas, todas las vías que lo circunden. A estos efectos no merecen esa calificación ni las vías perimetrales de los núcleos urbanos, respecto de las superficies de suelo colindantes con sus márgenes exteriores, ni las vías de comunicación de los núcleos entre sí o las carreteras, salvo los tramos de travesía y a partir del primer cruce de esta con calle propia de núcleo urbano (...). d) Acceso peatonal, encintado de aceras o equivalente, y alumbrado público en, al menos, una de las vías que lo circunden. 2. Las normas técnicas de planeamiento y, en todo caso, los planes generales de ordenación podrán fijar criterios y condiciones que precisen y concreten el alcance de los servicios urbanísticos».

Otras comunidades autónomas recogen la exigencia legal con carácter supletorio a falta de otra previsión expresa al respecto por parte del planeamiento urbanístico. Es el caso de Aragón⁷, Asturias⁸, Cataluña⁹ y Andalucía¹⁰. El texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón establece al respecto en su artículo 14 que «1. Tendrán la consideración de solares las superficies de suelo urbano aptas para su uso inmediato, que reúnan los siguientes requisitos: a) Que estén urbanizados de acuerdo con las determinaciones y normas técnicas establecidas por el planeamiento urbanístico, o en todo caso, si éste no las especifica, que dispongan de los servicios urbanísticos básicos señalados por el artículo 12 a), en condiciones de caudal y potencia adecuadas a los usos permitidos, así como de alumbrado público, y confronten con una vía pavimentada y adecuada para el tránsito de peatones y vehículos rodados. b) Que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si el planeamiento urbanístico las define. c) Que, para edificarlos, no se deban ceder terrenos para destinarlos a calles o a vías con vistas a regularizar alineaciones o a completar la red viaria».

Como consecuencia del presupuesto al que nos venimos refiriendo, en los sectores o ámbitos de actuación en que resulta de aplicación la técnica reparcelatoria, el correspondiente proyecto de compensación, reparcelación o equidistribución ha de ocuparse de definir las fincas de resultado de tal modo que, una vez se hayan concluido las obras de urbanización en la medida en cada caso prevista por la legislación urbanística aplicable, pueda cumplirse aquel requisito de dar frente a vía pública. En otro caso, no sería posible la consolidación del proceso de equidistribución por imposibilidad de los propietarios de materializar los derechos de los que son acreedores en virtud de sus respectivas aportaciones al proceso reparcelatorio.

Sin embargo, en esta clase de procesos no siempre resulta sencillo conciliar la necesidad legal de que todas las fincas de resultado de la reparcelación de carácter lucrativo tengan acceso directo desde un vial público con la de lograr el cumplimiento íntegro de las determinaciones del planeamiento, según veremos.

Por otro lado, además del condicionante legal anterior, ha de estarse en todo caso a las normas de protección del dominio público en orden a la confección del diseño de fincas de resultado de la reparcelación. Los bienes de dominio público que, preexistiendo a la reparcelación, hayan de mantenerse inalterados constituyen un límite legal para tal diseño que no puede ser traspasado. Es el caso, por ejemplo, de las vías pecuarias, que no pueden desaparecer tras la reparcelación al ser preciso el mantenimiento de su trazado, anchura y demás características, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento de cambio de trazado aprobado por la Administración autonómica competente. El diseño de las parcelas resultantes lucrativas no puede superponerse con el trazado de la vía.

Lo mismo sucede con los bienes de dominio público hidráulico, que han de mantenerse no obstante el proceso reparcelatorio, coexistiendo con las fincas de resultado, sin perjuicio de la posibilidad de encauzamiento de arroyos o regueros de acuerdo con la legislación en materia de aguas y con la pertinente autorización de la Administración hidrológica competente.

En cambio, algunos bienes demaniales preexistentes están llamados a desaparecer como consecuencia de la ejecución del planeamiento, como sucede con los caminos o viales incompatibles con este, que no formarán parte de las fincas de resultado al quedar sustituidos por los de nueva creación, sin perjuicio del apro-

vechamiento que pudiera corresponder a la Administración titular de acuerdo con las previsiones establecidas en cada caso por la legislación urbanística autonómica. Si carecieran de tal aprovechamiento, los preexistentes serán sustituidos por los nuevos con derecho de la Administración a percibir el aprovechamiento que pudiera corresponderle si la superficie de los primeros fuera superior a la de los segundos¹¹.

En todo caso, las fincas de resultado de la reparcelación han de respetar los límites derivados de la legislación sectorial como son las previsiones sobre zonas de servidumbre, de policía y de protección establecidas en materia de aguas, costas, carreteras, telecomunicaciones o del sector eléctrico, entre otras muchas¹².

3. CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Las determinaciones del planeamiento que pueden condicionar la configuración de las fincas de resultado por parte de los proyectos de reparcelación son muy variadas y no siempre resulta sencillo cumplirlas de forma combinada o simultánea. Vamos a referirnos a algunas de ellas a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo.

En primer lugar, la definición de las fincas de resultado de carácter lucrativo ha de respetar en todo caso los bienes de dominio público de nueva creación, como son las futuras calles y viales previstos en el planeamiento, que se constituyen como fincas de resultado de carácter no lucrativo.

En segundo término, la configuración de las fincas resultantes lucrativas ha de realizarse de tal modo que pueda materializarse en ellas el aprovechamiento correspondiente mediante la construcción de las edificaciones permitidas por el plan. Evidentemente, en este sentido resulta esencial que la superficie y características de cada una de las fincas de resultado susceptibles de albergar edificaciones cumplan las determinaciones establecidas en materia de parcela mínima edificable, densidad máxima de viviendas, separación a linderos, retranqueos, volúmenes, alturas o índice de ocupación del suelo, y que en cada una de dichas fincas pueda materializarse la edificabilidad que se le asigna.

A estos efectos, en relación con el cumplimiento de la condición de parcela mínima y a la vista de la delegación que efectúa el legislador a favor del planeamiento para que la parcela tenga la condición de solar, para tener por cumplida aquella exigencia cabe admitir que se tome en consideración no sólo la superficie de la parcela directamente edificable, sino también la cuota o participación que, según la fórmula jurídico-civil que se adopte, corresponda a dicha parcela en el espacio interpuesto, existiendo en la práctica supuestos en los que así se prevé desde el planeamiento.

Siempre que se cumplan todos los parámetros anteriores y cualesquiera otros previstos en el planeamiento, los proyectos de reparcelación pueden realizar el fraccionamiento de la estructura de propiedad de fincas resultantes de la forma que estimen oportuna.

En todo caso, parece que el espacio interpuesto que pudiera crearse para dar acceso desde la vía pública a alguna de las fincas interiores, no obstante su carácter privado, debería respetar las dimensiones mínimas establecidas en la orde-

nanza correspondiente para garantizar la circulación de vehículos, permitiendo a estos realizar las maniobras necesarias, así como el acceso de los servicios de urgencias y de extinción de incendios, etc. en las mismas condiciones que si se tratara de un vial público.

4. ARTICULACIÓN JURÍDICO-URBANÍSTICA DE LOS ESPACIOS INTERPUESTOS: EL ESTUDIO DE DETALLE

Cuando la existencia de los espacios interpuestos que den acceso desde la vía pública a las fincas enclavadas dentro de una misma manzana o unidad básica esté prevista desde el planeamiento vigente, el proyecto de reparcelación será título hábil por sí para la creación de los mismos a través de alguna de las fórmulas jurídico-privadas a que nos referimos en el apartado siguiente.

En caso contrario, habrá de estarse a lo dispuesto tanto en la legislación como en la normativa urbanística de aplicación en orden a verificar la procedencia de la tramitación de un instrumento de planeamiento adicional que resulte adecuado para habilitar la creación por el proyecto de reparcelación de espacios interpuestos con la finalidad indicada. Nos referimos a la figura tradicionalmente conocida como estudio de detalle¹³.

La Ley del Suelo de 1976 configuró a los estudios de detalle como instrumentos de planeamiento de desarrollo (artículo 6.3) que podrán formularse, según su artículo 14, cuando fuere preciso para completar o, en su caso, adaptar determinaciones establecidas en los planes generales para el suelo urbano y en los planes parciales. Esta figura ha pasado, con mayores o menores matizaciones, a las leyes del suelo autonómicas, que le atribuyen una pluralidad de posibles finalidades concretas y que en esencia se traducen en la de señalar alineaciones y rasantes o completar las previstas por el planeamiento, la de ordenar los volúmenes de acuerdo con las especificaciones del mismo, o la de completar las redes de comunicaciones definidas por la ordenación con las vías interiores precisas para dar acceso a los edificios que el propio estudio de detalle ubica. Como se observa, esta última función precisamente trata de dar solución urbanística a la situación a la que venimos refiriéndonos en el presente comentario.

La jurisprudencia ha definido los límites de los estudios de detalle al destacar su función subordinada respecto a otros instrumentos de planeamiento urbanístico, debiendo respetar siempre las determinaciones del plan al que complementan y sin que puedan establecer cualquier determinación propia de los mismos. Se trata de un instrumento interpretativo en la aplicación de determinaciones ya concretadas y pormenorizadas en los planes e incurre en ilegalidad si se excede de esa función subordinada y complementaria¹⁴, de tal modo que no puede alterar usos establecidos, ni aumentar densidades, volúmenes, alturas o el índice de ocupación del suelo¹⁵.

En cuanto a la exigibilidad o no de la tramitación de un estudio de detalle como presupuesto para que el proyecto de reparcelación pueda configurar los espacios interpuestos, el Reglamento de Gestión Urbanística establece en su artículo 93.4 que «Cuando, tratándose de edificación abierta, el plan no contenga reglas de ubicación de los volúmenes, se tramitará y aprobará conjuntamente con el

proyecto de reparcelación un estudio de detalle en el que se determine la ubicación de los volúmenes en concordancia con los criterios de adjudicación». A *sensu contrario* cabe entender que, si el plan establece reglas suficientes de ubicación de tales volúmenes, el proyecto de reparcelación podría establecer, por sí mismo y sin necesidad del estudio de detalle, los espacios interpuestos siempre que se respeten aquellas determinaciones. Esta consideración resulta perfectamente compatible con con la previsión contenida en el artículo 80.2.a del mismo Reglamento según la cual cuando en el suelo urbano se ejecute a través del proyecto de reparcelación un instrumento de planeamiento general, este se completará «en su caso» por el estudio de detalle correspondiente.

En todo caso, habrá de estarse a la legislación autonómica aplicable en orden a apreciar la exigibilidad o no del estudio de detalle, así como al contenido del planeamiento en vigor. En este sentido, el artículo 6.2.10 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Madrid del año 1997, pionero en esta materia, establece que tendrán la consideración de solar aquellas parcelas que a través de un espacio interpuesto aseguren su permanente y funcional conexión con las vías o espacios libres públicos al que necesariamente dicho espacio dará frente, añadiendo que para ello será necesario tramitar un estudio de detalle y obtener la licencia de parcelación correspondiente. Sin embargo, cabría plantearse que, siendo una norma dictada como regla general, podría prescindirse del estudio de detalle con carácter especial cuando el espacio interpuesto se establece a través de un proyecto de reparcelación, de igual modo que en tal caso no sería necesaria la licencia de parcelación a la que también se refiere el precepto.

El mismo artículo de las Normas Urbanísticas determina que el espacio interpuesto tiene carácter privado y que estará vinculado permanentemente a cada una de las parcelas ordenadas estableciéndose el régimen jurídico privado que garantice esta vinculación, lo que nos lleva a analizar la cuestión a la que se refiere el apartado siguiente.

5. POSIBLES FÓRMULAS DE ARTICULACIÓN JURÍDICO-CIVIL DE LOS ESPACIOS INTERPUESTOS

Como adelantábamos al principio, puede suceder que el fraccionamiento por el proyecto de reparcelación de la estructura de propiedad conformada por las fincas resultantes dentro de una misma manzana exija la previsión de espacios interpuestos entre ellas que posibiliten el acceso a alguna de tales fincas desde la vía pública para que en su día puedan recibir la condición de solar edificable que no tendrían en el caso de no existir dichos espacios.

Con el fin de posibilitar la viabilidad jurídica y, por consiguiente, la inscripción de las fincas resultantes afectadas por esta situación resulta preciso que sea articulada de manera adecuada desde el propio proyecto de reparcelación, sin perjuicio de la posibilidad de aplazar el fraccionamiento de las manzanas a través de un negocio jurídico posterior e independiente.

A continuación, nos referimos a algunas de las fórmulas alternativas posibles de configurar esta situación especial desde el punto de vista del Derecho civil e hipotecario.

A) *Servidumbre*

Cabe en primer lugar que el espacio interpuesto que permita atribuir la condición de solar a la finca de resultado enclavada entre otras de la misma manzana se configure jurídicamente como una servidumbre de paso, quedando dicho espacio incluido dentro de los linderos de la finca de resultado que se constituya como predio sirviente y atribuyendo la consideración de predios dominantes a las fincas que necesiten servirse del paso con aquella finalidad.

Esta es la solución que se invoca en las resoluciones citadas al principio sin descartar otras alternativas.

Tratándose de un derecho de servidumbre ordinario, su inscripción en el Registro de la Propiedad se ajustará a las normas generales aplicables a esta clase de derechos reales.

B) *Titularidad «ob rem»*

En segundo término, el proyecto de reparcelación también podría configurar el espacio interpuesto como una finca de resultado más dentro de la manzana cuya titularidad se adjudicaría en régimen de titularidad o cotitularidad *ob rem* a quienes en cada momento resulten ser titulares de las fincas de resultado edificables que necesiten de tal espacio como elemento de conexión entre estas y el viario público.

De ser varias las fincas enclavadas, por exigencias del principio de especialidad habría de determinarse la cuota correspondiente a cada una de ellas en la titularidad del espacio interpuesto.

La titularidad *ob rem* implica que la propiedad del espacio interpuesto queda ligada de modo inseparable a la titularidad de la finca a cuyo favor se establece dicho espacio. De ser varias estas fincas, este carácter inseparable determina la existencia de una comunidad funcional, lo que justifica la inaplicabilidad de las normas del Código relativas a la acción de división de la cosa común y al retracto de comuneros, según admite la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General¹⁶.

Para este mismo supuesto de cotitularidad *ob rem* cabría que desde el propio proyecto de reparcelación se estableciera un régimen estatutario especial de derechos y obligaciones de uso y conservación del espacio interpuesto, al amparo del párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil, que sería susceptible de inscripción, según el criterio seguido por la Dirección General¹⁷.

En realidad, esta situación de cotitularidad podría calificarse como un supuesto de prehorizontalidad; en concreto, de propiedad horizontal tumbada o complejo inmobiliario «de hecho» pues, aun faltando el título constitutivo del régimen, se trataría de una comunidad de propietarios que reuniría los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil, por lo que le serían de aplicación supletoria las normas de la Ley de Propiedad Horizontal en los términos previstos en su artículo 2.b cuando establece que «Esta Ley será de aplicación: (...) b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal»,

añadiendo en el párrafo siguiente que «Estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros».

C) Constitución de un régimen de complejo inmobiliario o propiedad horizontal tumbada

No hay obstáculo para la consideración del proyecto de reparcelación como un título hábil para la constitución de un complejo inmobiliario o de un régimen de propiedad horizontal tumbada al amparo de los artículos 2 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, adoptando alguna de las formas jurídicas previstas en este último. Así lo prevén de manera expresa algunos instrumentos de planeamiento modernos.

El título constitutivo del régimen podría estar integrado o unido al proyecto de reparcelación y para su inscripción registral su contenido debería ajustarse a las reglas generales de los artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.4 de la Ley Hipotecaria, con las especialidades derivadas del régimen, pudiendo contener los estatutos por los que se rija esta forma especial de propiedad. La inscripción se ajustará a las reglas clásicas del doble o triple folio definidas por la Dirección General a partir de su célebre Resolución de 2 de abril de 1981.

El artículo 26.6 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que «6. La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos. A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

A pesar de no estar incluido el supuesto que contemplamos en ninguna de las dos excepciones previstas en esta norma, parece claro que para la constitución de este régimen a través del proyecto de reparcelación cuando se inserte en él el título constitutivo, no sería necesaria la autorización especial a que se refiere dado que dicho título quedaría bajo el amparo del acuerdo firme de aprobación municipal del proyecto. No sucedería lo mismo si el título constitutivo se presentara después que el proyecto de reparcelación o como documento complementario al mismo porque en estos casos no tendría aquella cobertura municipal.

En el supuesto que contemplamos, el inmueble en su conjunto estaría constituido por la totalidad de la manzana, atribuyendo la condición de elementos privativos a cada una de las parcelas edificables incluidas en ella. El espacio interpuesto se configuraría como elemento común, estableciéndose las normas estatutarias oportunas en relación con su uso y mantenimiento y conservación.

Cabe, sin embargo, que el espacio interpuesto sea configurado de otras formas, pudiendo atribuírsele la condición de elemento privativo que pertenezca con carácter *ob rem* a los titulares de todos o algunos de los restantes elementos de igual condición, de forma análoga a la expuesta en el apartado anterior.

Finalmente, podría plantearse también la posible configuración del espacio interpuesto como un elemento procomunal, es decir, como elemento que, siendo susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida a elemento común o a vía pública, se deja sin embargo como elemento común para prestar un servicio a la comunidad en la forma y con las limitaciones que, en su caso, se hubieran fijado estatutariamente.

NOTAS

¹ Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, artículo 41.

² Decreto 248/2004, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, de Castilla-La Mancha, artículo 104.

³ Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, artículo 22.

⁴ Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura, artículo 8.

⁵ Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, artículo 14.1.a.

⁶ Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, artículo 48.

⁷ Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, artículo 14.

⁸ Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias, artículo 114.

⁹ Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, artículo 29.

¹⁰ Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, artículo 13.

¹¹ La Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid establece al respecto en su artículo 20.2.b que «Cuando la superficie total de los terrenos con destino o uso públicos y carácter dotacional previamente existentes en la unidad de ejecución sea igual o superior a la que deba resultar de la ejecución del planeamiento urbanístico, se entiende sustituida una por otra, percibiendo la Administración el exceso, si lo hay y en la proporción que corresponda, en terrenos con edificabilidad».

¹² Esta cuestión es analizada por IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2020). La participación de los bienes demaniales en la equidistribución. *Práctica Urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n.º 163.

¹³ Este instrumento es objeto de un detallado estudio hace muchos años por LASO MARTÍNEZ, J.L. Los Estudios de Detalle, nueva figura legal del planeamiento, *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 43, páginas 52 y siguientes.

¹⁴ Sentencias de 24 de septiembre de 1996 (RJ 5471) y 11 de abril de 1996 (RJ 8215).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 febrero de 2002 (RJCA\2002\438).

¹⁶ Cabe citar en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 y 27 de mayo de 1983.

¹⁷ Por ejemplo, en la Resolución de 4 de diciembre de 2004.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. *“Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa”*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, 775 páginas

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.

Fernando P. Méndez, Registrador de la propiedad y mercantil, es un excelente jurista que lo ha sido todo en el ámbito jurídico registral y académico. Actualmente registrador mercantil de Barcelona, patrono de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y profesor asociado en la Universidad de Barcelona, fue Decano del Colegio de Registradores en los años 2001 a 2006. Ostenta la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (2005) y la Encomienda de la Orden del Mérito Civil (2018).

Previamente había sido Decano Autonómico de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Cataluña, que es donde yo le conocí más a fondo, colaborando con él como director del centro de estudios de Cataluña. Creo que en esa etapa se desarrolló enormemente el decanato autonómico y la dimensión académica de los registradores en Cataluña.

Como Decano nacional fomentó la divulgación internacional del derecho registral. Fue fundador y primer presidente de la European Land Registry Association —ELRA— (2003-2005), asociación europea de registradores. Y continuó como Director de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores desde 2013 al 2017.

Pero a mi juicio, la dimensión más importante de Fernando Méndez es la de haber introducido el análisis económico en el Derecho registral. Con él se sentaron las bases de la justificación económica de la función registral, que garantiza la máxima eficiencia en la contratación inmobiliaria a menor costes de transacción. El Registro es, así, un extraordinario instrumento reductor de costes de transacción y, por lo tanto, de creación de capital.

En octubre de 1993, junto con Alfonso Hernández Moreno, publicó en el diario “La Vanguardia”, de Barcelona, el artículo titulado “Coste del Cambio de Hipoteca”, el cual produjo un impacto sin precedentes en el panorama hipotecario español. En marzo de 1994, las Cortes españolas aprobaron, por unanimidad, el Proyecto de Ley que se denomina de Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios, tomando como base dicho artículo. Como consecuencia, los deudores hipotecarios pueden cambiar de acreedor sin consentimiento de éste, lo que estimula una fuerte competencia entre acreedores y, por lo tanto, que los intereses sean los más bajos posibles en cada fase del ciclo económico.

En 2005 fue nombrado miembro de la Comisión de Expertos para la redacción de la Ley del Suelo, finalmente aprobada en 2007. En octubre de 2008 in-

terviene en la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados como experto a iniciativa del grupo parlamentario socialista con la aprobación de todos los grupos parlamentarios. En julio de 2011 fue nombrado miembro del Grupo de Expertos que acordó formar el Congreso de los Diputados tras el Debate sobre Política General (estado de la Nación) para informar sobre la reforma del sistema hipotecario (viabilidad y conveniencia, en su caso, de la dación en pago).

En abril de 2012 es nombrado miembro del Grupo de Trabajo para el fomento de la vivienda en régimen de alquiler, del Ministerio de Fomento. Fruto del trabajo de dicho Grupo fue la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas. En febrero de 2013 es citado a informar como experto en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados para informar en relación con el Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-Ley 17/2012, de 15 de noviembre, núm. Expediente.: 121/31)

Ha publicado cuatro monografías, dirigido y participado en diversas obras colectivas y publicado numerosos artículos doctrinales, en su mayor parte referentes a Derecho Patrimonial Inmobiliario, Hipotecario y Derecho Registral.

Entre sus publicaciones, cabe destacar:

— La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho, en *La Calificación registral*, T.I Ed.: F.J. Gómez Gállego, Editorial Civits, Madrid, 1996.

— La función económica de la publicidad registral, *Anales (I) del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil de la Universidad de Barcelona*, año 1998.

— La función económica de los sistemas registrales. RCDI, nº 671, año 2002.

— Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinador Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 3, 2003 (Derecho Civil, Derechos reales, Derecho de familia).

— La firma electrónica y el Registro de Condiciones Generales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 6., año 2004.

— Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, coordinador del mismo junto con J.M. González Porras. Ed.: Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico.

— Registro de la Propiedad y Ley del Suelo, RCDI, nº 698, año 2006.

— Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, RCDI nº.: 700, año 2007.

— El Registro de la Propiedad como instrumento para la realización de la legalidad urbanística, Ciudad y Territorio. *Estudios Territoriales*, nº.: 152-153, año 2007.

— La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título, RCDI, nº.: 703, año 2007. *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI nº.: 708, año 2008.

— Los fondos de inversión inmobiliaria como instrumento para el desarrollo del mercado de viviendas, en *Estudios sobre los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, obra colectiva dirigida por Antonio Ortí Vallejo y coordinada por Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda, Ed.: Thomson-Reuters, 2009.

- Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal. Ed.: Thomson-Reuters, 2011.
- Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal. Artículo publicado en el núm. 723 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (2011).
- Mortgage Gate: Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el Mortgage Electronic Registration System en Estados Unidos. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 724.
- Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo. Ed.: Thomson-Reuters, 2011.
- Mercado hipotecario y sistemas registrales. Especial referencia a la ejecución hipotecaria, en XVIII Congreso Internacional de Derecho Registral IPRA-CINDER, Amsterdam 2012. Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 200-223.
- Intervenciones en el Congreso de los Diputados. Comisión de Vivienda y Comisión para la Reforma del Sistema Hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda. Madrid, 29 de octubre de 2008).
- La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la Reforma del Sistema Hipotecario, Madrid 20 de julio de 2011). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 730.
- Derechos reales y titularidades reales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 736.
- Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Codirector de la obra junto con Guillermo Palao Moreno, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia. En ella es autor del comentario al artículo 58 de la citada Ley.
- La conveniencia de desarrollar un mercado arrendaticio de vivienda eficiente, dentro de la obra colectiva sobre Derecho a la vivienda coordinada por el profesor Julio Ponce, Ed.: Thomson Reuters, 2017.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dentro de la obra colectiva Sentencias Plenarias/2015 coordinada por el profesor Mariano Yzquierdo.
- Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Codirector de la obra junto con Guillermo Palao Moreno y autor del comentario al artículo 58. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017.
- La función de la fe pública registral en la transmisión de inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al sistema alemán. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.
- Comentarios a los artículos 27 y 28 de los Reglamentos UE n°/2016/1103 y 2016/1104. En Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos UE n°/2016/1103 y 2016/1104 sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Iglesias Nuigues J.L y Pala Moreno G. (Dir). Ed.: Tirant Lo Blanch, 2019.

— Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad, en colaboración con Luis A. Gallego, RCDI núm. 778, marzo-abril 2020.

— Evolución institucional de las transmisiones onerosas, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2023

En otro orden, ha escrito numerosos artículos en los diarios de mayor circulación del país —El País, La Vanguardia, El Mundo ABC, Expansión—.

Durante los últimos años ha escrito sobre todo en el diario El Economista, especialmente sobre la crisis hipotecaria y propuestas de salida a la misma. Es también ponente habitual en numerosos congresos y seminarios en diversos países del mundo.

La obra “Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, viene a ser la culminación de su pensamiento sobre el sistema registral, estando basada en su tesis doctoral que mereció la calificación de sobresaliente *cum laudem*, en cuyo tribunal tuvo el honor de participar como vocal.

La obra supone la demostración del carácter no meramente declarativo del Registro de la propiedad. La inscripción forma parte del iter transmissivo de la propiedad y demás derechos reales, no se limita a publicarla. Sólo a través de la inscripción se consigue realmente la transmisión *in rem*. El autor acude a argumentos históricos, de derecho comparado, institucionales y económicos.

Desde el punto de vista de derecho comparado, la obra recoge un estudio del derecho francés, alemán y español. También se analizan los precedentes en el derecho romano y en la codificación, todo ello para demostrar la importancia de la inscripción en el Registro de la propiedad, para luchar contra las cargas ocultas y revalorizar la propiedad. Sin inscripción puede ostentarse una titularidad obligacional, pero solo con aquélla se logra una titularidad *in rem*.

Desde un punto de vista económico, tiene su sentido, pues es la única forma de prevenir frente a cargas ocultas, reduce los costes de transacción y facilita la seguridad jurídica. El registro de la propiedad va más allá de la contratación entre partes, supone un intercambio impersonal en las relaciones inter contractuales de manera que quien inscribe está contratando con todos. Evita la investigación retrospectiva de los títulos del transferente, pues blindo al adquirente de las causas de anulación o resolución derivadas de actos o negocios jurídicos anteriores que no consten inscritas. Esto facilita la liquidez y circulación de los derechos reales.

Institucionalmente la protección del derecho de propiedad es función del Estado, y sólo a través de un funcionario público como es el registrador, puede producirse el pleno reconocimiento de la transmisión de los derechos reales.

En el libro se analiza la falta de entendimiento del sistema registral que se había producido por la mayoría de la doctrina, que defendía la vigencia de la teoría del título y el modo, y donde el Registro sería una mera publicidad de la transmisión efectuada. Esto conducía a consecuencias equívocas, como en la distinta interpretación del artículo 1473 C.C. según se tratara de doble venta o venta de cosa ajena. Fueron las sentencias en unificación de doctrina que el Tribunal Supremo (Sala primera) dictó a partir de 2007, las que suprimieron la necesidad de un subadquirente para la aplicación de la fe pública registral, extendiéndola también al primer adquirente y por tanto protegiendo al primer adquirente tanto

en el caso de doble venta como en el caso de venta de cosa ajena, si se adquiere de titular registral.

La interpretación del artículo 34 de la LH como un supuesto de adquisición a non dominio es, según el autor, un error patente, pues es precisamente un supuesto de adquisición a dominio, que es el titular registral. Por ello, afirma, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consagra el sistema de transmisión registral de las titularidades inscritas y lo hace tomando como base la teoría del título y el modo. Dicho sistema puede producir, en el límite y ocasionalmente, una adquisición *a non domino*, pero no es esa su función, sino la de generar titularidades inmobiliarias seguras y fácilmente transmisibles, superando de este modo, en el ámbito inmobiliario, el dilema, formulado en su día por Ehrenberg, entre seguridad de los derechos y agilidad de las transacciones.

Crítica el autor la interpretación que todavía se hace de la exigencia de buena fe en el adquirente, para ser protegido por la inscripción, entendida aquélla como especial diligencia. En ocasiones así lo ha exigido la jurisprudencia. El autor, sin embargo, subraya que el artículo 34 LH es el único supuesto, de entre los varios que pueden encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico, en el que el legislador no exige al adquirente no haber incurrido en *culpa lata* para mantener la adquisición, por lo que la única diligencia que le es exigible es que adquiera del titular registral. Por ello sostiene que llegará el momento en el que también en esta materia el Tribunal Supremo tendrá que evolucionar, para no exigir una especial labor investigadora en el adquirente sobre la realidad y validez del título del transferente, por no ser otro que la inscripción a su nombre de la titularidad objeto de transmisión.

El libro fue objeto de presentación en el Colegio de registradores el día 20 de junio de 2023, presidiendo el acto la directora general de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente y la decana presidente del Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, María Emilia Adán. La presentación corrió a cargo de Javier Gómez Gállego como presidente de la revista crítica de Derecho inmobiliario y Juan María Díaz Fraile, magistrado de la sala de lo civil del Tribunal Supremo. Hubo una gran asistencia de público y numerosas intervenciones destacando la relevancia de la obra.

Espero que con la publicación de este libro definitivamente se deje de hablar del Registro de la propiedad como registro de documentos, pues Fernando Méndez demuestra en esta obra su condición de Registro de derechos.

Podemos concluir diciendo que la obra “Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa”, seguramente será uno de los libros de mayor repercusión en la doctrina científica en materia registral de los últimos tiempos.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las Recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En *versalitas*
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *Indret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

