

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCVII •

Enero-Febrero

• Núm. 783

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCVII • Enero-Febrero 2021 • Núm. 783

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercanti-
les de España

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

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

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Juana Pulgar Ezquerria
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «Afrontando el reto de la eficiencia energética en edificios a través de las cooperativas de viviendas» / *Facing the challenge of energy efficiency in buildings through housing cooperatives*..... 13
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «Las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca: fundamento y alcance» / *The objective extension clauses of the mortgage: basis and scope*..... 65
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte» / *The judicial attribution of the use of the family home in cases of marital crisis and its registry repercussions. First part*..... 135
- URRUTIA BADIOLA, Andrés María: «Habitación, familia y sucesión (Del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)» / *Habitation, family and succession (From the Basque civil law to the European private law)* 223

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «La cesión de viviendas turísticas por habitaciones: situación legal en España y propuestas razonables» / *The transfer of tourist apartments by rooms: legal situation in Spain and reasonable proposals*..... 279

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

CUCURULL POBLET, Tatiana: «La fiducia sucesoria en la empresa familiar» / <i>Succession trust in family companies</i>	317
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

GIACCAGLIA, Michele: «La Orden TMA/336/2020 y el derecho de propiedad en la época del COVID-19: (breves) reflexiones comparativas entre el ordenamiento español, italiano (y supranacional)» / <i>Order TMA/336/2020 and private property at the time of COVID-19: (brief) comparative reflections between Spanish and Italian (and supranational) legal systems</i>	351
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

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	397
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?» / <i>Covid-19: measures adopted with regard to minors. Limiting the exercise of the homeland potesty?</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	505
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1.2. Derecho de familia:

— «Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía» / <i>Family and couple crisis: the agreement on the possession of pets or companion animals</i> , por Juan José NEVADO MONTERO	524
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1.3. Derechos reales:

- «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020» / *Recent developments concerning prohibitive community agreements on tourist housing and other forms of tourist accommodation. Comments to the RDGSJFP of 16 June 2020*, por Alejandro FUENTES-LOJO RIUS 536

1.3.1. Derecho hipotecario:

- «La imprecisión del vencimiento anticipado como exclusión de la mora del deudor por un incumplimiento relativo» / *Broad early termination clause as an exclusion of consumer default for breach of contract*, por Cristina ARGELICH COMELLES 555

1.4. Sucesiones:

- «Disposición *mortis causa* de los datos digitales. El llamado “testamento digital”» / *Disposition mortis causa of digital data. The so called digital testament*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 570

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo» / *Novatory agreements about floor clauses and waiver of actions according to the latest doctrine of the CJEU and the Supreme Court*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 610

1.6. Responsabilidad civil:

- «Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad» / *Casual link and probabilistic calculation of damage by loss of opportunity*, por Ana María PÉREZ VALLEJO 639

1.7. Concursal:

- «El principio de continuación de la actividad del concursado vs. la *par condicio creditorum* en la aprecia-

<p>ción del daño en las acciones de reintegración concursal» / <i>The continuation of insolvent's activity versus the par condicio creditorum principle in the assessment of damage linked to insolvency reintegration actions</i>, por Juan PALAO UCEDA.....</p>	665
<p>2. MERCANTIL:</p>	
<p>— «El innecesario requisito de crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto de la acción de simulación contractual concursal» / <i>The unnecessary pre-existing credit requirement to the simulated contract for the bankruptcy contract simulation action</i>, por Francisco REDONDO TRIGO.....</p>	679
<p>3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.</p>	
<p>— «La inscripción de la división y segregación de fincas por antigüedad» / <i>Registration of divisions and segregations of plots because of prescription</i> por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN.....</p>	694

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

<p>«Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas», de Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, por Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ.....</p>	709
<p>«Derecho registral teórico y práctico» de Javier GÓMEZ GÁLLIGO, por Sebastián DEL REY BARBA.....</p>	713
<p>«Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias» de Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, por José Manuel DE TORRES PEREA.....</p>	716
<p>«Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE» de María José GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, por Pedro Manuel QUESADA LÓPEZ.....</p>	727

ESTUDIOS

Afrontando el reto de la eficiencia energética en edificios a través de las cooperativas de viviendas

Facing the challenge of energy efficiency in buildings through housing cooperatives

por

CARMEN ESTHER FALCÓN PÉREZ
*Profesora titular de Universidad
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

RESUMEN: Una de las mayores preocupaciones de la Unión Europea es el ahorro energético en el parque inmobiliario residencial, dictándose políticas públicas e incentivos económicos encaminados a reducir el consumo de energía eléctrica, en uno de los sectores más contaminantes y consumidores, la edificación, en pro de frenar el cambio climático pues afecta a todos los ciudadanos.

España es uno de los países con mayor consumo de energía eléctrica en edificios residenciales, contando con un parque inmobiliario precario e ineficiente energéticamente; se presenta, por tanto, un desafío, dar solución a un problema de índole económico y social. En este escenario, analizamos cómo las cooperativas, que han demostrado con éxito su participación en procesos de rehabilitación urbana, pueden ayudar a reducir el impacto negativo que genera el excesivo consumo energético en edificios. Para ello, se propone a estas organizaciones como una fórmula asociativa apropiada

para hacer realidad los procesos de ahorro energético en edificios, puesto que contribuyen a la cohesión económica, social y territorial en el marco de un desarrollo urbano sostenible. En este trabajo se pone de manifiesto la inexcusable necesidad de dar respuesta a la eficiencia energética, analizando las recientes iniciativas comunitarias y nacionales en esta materia que dotan de un marco jurídico al sector de la edificación, y proponiendo a las cooperativas de viviendas para optimizar la eficiencia energética de los edificios, pues se rigen por principios de cohesión solidaria y transparencia que permiten de forma directa mejorar la calidad de vida de los ciudadanos mediante parámetros económicos y sociales.

ABSTRACT: One of the European Union's major concerns is energy savings in buildings, it has made public policies and economic incentives in order to reduce electric power consumption for a sector heavily-pollution for the purpose of slowing down climate change because it affects all citizens.

Spain is one of the countries with the highest consumption of electricity in residential buildings, with a precarious and energy-inefficient housing stock, therefore, there is a need to find solutions in order to response to an economic and social problem. In this scenario, we analyse how cooperatives, which have successfully demonstrated their participation in urban rehabilitation processes, can help reduce the negative impact of excessive energy consumption in buildings. For that, we propose to these organizations as an appropriate associative formula to improve energy saving processes in buildings. Cooperatives contribute to economic, social and territorial cohesion within the framework of sustainable urban development. This paper highlights the need to respond to the energy efficiency, analysing the European and national regulation that provides a legal support for the building sector, and propose to housing cooperatives for the purpose of promoting the energy efficiency of buildings stock. These organizations are governed by principles of solidarity cohesion and transparency and contribute, directly, to improve the quality of life of citizens through economic and social parameters.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático. Eficiencia energética. Parque inmobiliario residencial. Políticas públicas. Economía social y cooperativas.

KEY WORDS: Climate change. Energy efficiency. Housing stock. Public policies. Social economy and cooperatives.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AM-

BIENTE: UN DESAFÍO PARA ESPAÑA.—III. FRENANDO EL CAMBIO CLIMÁTICO MEDIANTE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EDIFICIOS: MARCO REGULADOR: 1. NORMATIVA EUROPEA Y ESTATAL. 2. NORMATIVA APLICABLE AL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN.—IV. POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO A LA REHABILITACIÓN ENERGÉTICA EN EDIFICIOS RESIDENCIALES.—V. EL ROL DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS EN EL AHORRO ENERGÉTICO EN EDIFICIOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA: 1. REFERENCIAS NORMATIVAS. 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático, actualmente, cobra una importancia sin precedentes para los gobiernos europeos ya que la eficiencia energética en edificios sobresale como una de sus mayores preocupaciones. Así, la Unión Europea (UE) se compromete «a establecer un sistema energético, sostenible, competitivo y descarbonizado de aquí a 2050. Para alcanzar ese objetivo, los Estados miembros y los inversores necesitan medidas destinadas a alcanzar el objetivo a largo plazo de emisiones de gases de efecto invernadero y a descarbonizar el parque inmobiliario, que es responsable de aproximadamente el 36% de todas las emisiones de CO₂ de la Unión». (Directiva 2018/844/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018).

De hecho, y con la idea de contribuir a disfrutar de un planeta más limpio, «el 93% de los europeos creen que el cambio climático es causado por la actividad humana y el 85% está de acuerdo en que luchar por el cambio climático y el uso más eficiente de la energía, pueden generar crecimiento económico y empleos en Europa» (*Climate neutral Europe by 2050. European Commission, 2018a*).

El parque edificatorio destaca por su alta contaminación, dado que según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Edificios Sostenibles y Clima, 2017 a «nivel mundial, los edificios representan aproximadamente el 40% del consumo anual de energía y generan en torno al 30% de las emisiones de gases de efecto invernadero».

Dadas las condiciones físicas de las edificaciones en España¹, se presenta un reto, dar solución a un problema social que repercute directamente en la calidad de vida de los ciudadanos. Para ello, analizamos la situación actual de la eficiencia energética en el contexto nacional pues incide en la sostenibilidad de las ciudades y en el cambio climático. Además, la Comisión Europea (2019) ha impuesto sanciones a España por el reiterado incumplimiento en las emisiones de gases contaminantes, centrándonos en el parque inmobiliario residencial pues es uno de los sectores más contaminantes².

Para hacer realidad la sostenibilidad y el ahorro energético es necesario la implicación de los residentes, puesto que deben tomar parte en los cambios a realizar y en las mejoras de su vecindario. Por tanto, estos procesos de mejora energética conllevan la participación de los ciudadanos y de las Administraciones públicas. De ahí que sea preciso responder a cuestiones como: quiénes aportan los recursos financieros, quiénes tramitan las ayudas públicas a la eficiencia energética, quiénes gestionan los procesos de ahorro energético, por qué es necesario solicitar el certificado de eficiencia energética del inmueble a rehabilitar, quiénes deben soportar el coste de mejorar las instalaciones térmicas de calefacción, ventilación, iluminación, etc. En opinión de RUBIO (2015), en las ciudades es donde se juega el futuro y la batalla por la sostenibilidad para poder frenar el cambio climático.

Con este marco, creemos oportuno estudiar qué figura económica podría desarrollar estos proyectos de ahorro energético señalando que las iniciativas cooperativas producen una cohesión urbana en los barrios y son asociaciones con métodos participativos de planificación y acción colectiva³. Las sociedades cooperativas contribuyen a la cohesión social⁴, por lo que entendemos que esta figura económica podría ser la idónea para liderar los proyectos de eficiencia energética en edificios residenciales.

Después de poner de manifiesto el reto que supone para España el ahorro energético, dado el modelo urbanístico desarrollado en las últimas décadas, se analiza cómo la normativa europea dictada no cesa en el empeño de promover el ahorro energético para frenar el cambio climático. En esta línea de actuación, la normativa nacional dicta políticas públicas y planes de actuación que ayudan a financiar proyectos de eficiencia energética; si bien, como se señala, queda mucho por hacer.

En nuestra opinión, no solo es preciso un marco jurídico adecuado para promover el ahorro energético en el parque inmobiliario sino gestionar los proyectos de eficiencia energética que hagan realidad dicho ahorro. Todo ello en inmuebles, en muchas ocasiones, con residentes de escasos recursos económicos y bajo nivel de estudios cuya calidad de vida se ve afectada negativamente por este hecho, por lo que es fundamental contar con el valor social en los proyectos a ejecutar. En este contexto, consideramos que las cooperativas de viviendas, pertenecientes a la economía social y con valores propios, en que prima la persona frente al capital, pueden identificarse como una figura económica cualificada para llevar a cabo la gestión del ahorro energético en los edificios.

II. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: UN DESAFÍO PARA ESPAÑA

La eficiencia energética se enmarca en un ámbito mucho más amplio, el desarrollo urbano sostenible «que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (Organización de Naciones Unidas. Informe Brundtland, 1987, 25).

Así, el desarrollo sostenible se sustenta en «tres vertientes (ambiental, económica y social) junto con los principios de integración y de prevención o cautela que desempeñan un papel esencial en el desarrollo de un nuevo modelo urbanístico centrado en la perspectiva de la disponibilidad de los recursos escasos no renovables, en la concepción de la ciudad como espacio público de convivencia de calidad, y en la configuración de un espacio urbano eficiente que obliga a evaluar en cada caso su sostenibilidad económica, social y ambiental de los procesos de desarrollo urbano» (GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, 2015, 153).

Por tanto, la eficiencia energética no solo es importante para la economía europea sino también para la calidad de vida de los ciudadanos pues promueve el bienestar social de los mismos. De hecho, cuando se hace referencia a la eficiencia energética en los edificios, como medio de protección del medio ambiente, se debe tener presente dos aspectos fundamentales, pues van íntimamente ligados; de un lado, el ahorro en el consumo de energía eléctrica; y de otro lado, el fomento de energía que proceda de fuentes renovables.

La UE dada su preocupación por los efectos negativos que está produciendo el cambio climático, establece para sus Estados miembros el desafío de adaptar el parque edificatorio, actualmente existente, a las nuevas exigencias dispuestas en materia de eficiencia energética con el fin de disminuir las emisiones de gases con efecto invernadero.

Así, se apunta como los edificios residenciales son uno de los más importantes consumidores de energía, y, consecuentemente, uno de los mayores emisores de gases de efecto invernadero. En este sentido, se establece que, aproximadamente, el 40% del consumo de energía procede de los edificios⁵ (European Commission, 2018a). De hecho, en torno «al 50% del consumo de energía final de la UE se concentra en funciones de calefacción y refrigeración y de ella el 80% se consume en edificios, datos que ponen de manifiesto el potencial de la rehabilitación energética en edificios como herramienta imprescindible para incrementar el ahorro energético» (GIFREU, 2019, 8).

A este hecho hay que añadir que los Estados miembros tienen una excesiva dependencia energética a terceros países, siendo la media europea del 53% y la de España del 73% (Eurostat, 2019).

Por tanto, las políticas europeas van encaminadas a reducir los efectos negativos que provocan el cambio climático, en línea con la Estrategia Europea por un Crecimiento Sostenible en el horizonte 2020, reduciendo los gases contaminantes del efecto invernadero. Así, el porcentaje de países que «establecieron marcos normativos avanzados en el ámbito de la eficiencia energética aumentó más de 10 veces, de 2% en 2010 a 25% en 2017. Cabe destacar que estos países, representan el 66% del consumo energético mundial. No obstante, el promedio mundial en materia de eficiencia energética se mantiene bajo, indicando que hay mucho por mejorar» (Banco Mundial, Informe RISE, 2018).

Los objetivos claves propuestos para combatir el cambio climático para el 2030 son: la reducción del 40% en las emisiones de gases de efecto invernadero en comparación con los niveles de 1990; conseguir una cuota, de al menos el 32% de energía renovable; y la mejora de al menos el 32,5% en la eficiencia energética (Marco sobre clima y energía para 2030. European Commission, 2018b).

A nivel nacional, el gobierno también está realizando un esfuerzo considerable en materia de rehabilitación energética. Sin embargo, todavía no nos podemos comparar con el resto de países europeos⁶. Esta línea de actuación viene explicada por el modelo de desarrollo urbanístico que ha caracterizado durante muchos años a nuestro país, en el que no se apostaba por un desarrollo urbano sostenible. De hecho, se promulgaron distintas normativas urbanísticas⁷, dictadas durante décadas, que perseguían el crecimiento urbanístico de la ciudad, no focalizando el urbanismo en la ciudad ya consolidada⁸.

En cierta medida, estas normativas han contribuido a la especulación del terreno, puesto que permitían incrementar el valor del suelo mucho antes de que las operaciones urbanísticas se hubieran realizado, ya que se valoraba el terreno en función de los aprovechamientos urbanísticos dispuestos en el planeamiento⁹, aunque todavía no se hubiese ejecutado la urbanización y, por lo tanto, los aprovechamientos no fuesen más que una expectativa futura de poder obtener plusvalías urbanísticas.

De hecho, se constituía un rendimiento económico potencial pero que en ningún caso se había materializado. En opinión de PAREJO (2014, 2314), la legislación urbanística se centró «en el ciclo urbanización-edificación y al servicio de la explotación de esa riqueza bajo criterios mercantil-financieros para fabricar-comercializar ciudad (entendida como mera suma/combinación de productos/ofertas inmobiliarias)».

En consecuencia, «no es de extrañar que nuestro país ostente el dudoso honor de situarse entre los puestos de cabeza de los países donde las operaciones de transformación urbanística del territorio han sido más voraces, y que dispone del mayor número de viviendas por habitante de la UE¹⁰» (GIFREU, 2019, 15).

Dados los problemas que estas legislaciones ocasionaron, se produjo un importante cambio con la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR 2/2008). El legislador pretendió eliminar posibles revalorizaciones de suelo pues «la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores de suelo [...] y, por ende, ha fomentado también las prácticas especulativas contra las que deberíamos luchar por imperativo legal¹¹» (exposición de motivos del TRLR 2/2008).

Con este escenario, se plantea el reto de la eficiencia energética pues la «edificación obsoleta y energéticamente ineficiente, población envejecida, falta de atractivo urbano, pérdida de actividad, vulnerabilidad social o carencia de espacios libres de calidad afectan a extensos barrios que suponen casi la mitad de muchas ciudades españolas y debe ser abordado con recursos económicos muy limitados, sin la plusvalía característica de la expansión urbana» (MOLPECERES, 2018, 7).

De hecho, en España existen alrededor de 6 millones de viviendas, construidas hace más de 50 años, resaltando, además, la existencia de barrios degradados y viviendas en estado precario (Ministerio de Fomento y Vivienda, 2013). Como se ha señalado, existen bastantes viviendas construidas sin criterios de eficiencia energética¹² y para solventar dicho problema se dictan diferentes planes de acción y normativa relativa a la edificación y a la ordenación del territorio, que impulsan y promueven el ahorro energético en el parque inmobiliario residencial.

Todas estas acciones están encaminadas a la obtención de un desarrollo urbano sostenible y a la consecución de la actuación de rehabilitación energética para poder cambiar la situación precaria de todos aquellos edificios que lo precisen. No en vano, el parque residencial aglutina el sector que mayor peso tiene sobre el consumo energético. La eficiencia energética se plantea, por tanto, como un problema de importante calado que afecta de forma alarmante al cambio climático y, además, en el ámbito nacional, se puede configurar como un potencial en ahorro energético.

III. FRENANDO EL CAMBIO CLIMÁTICO MEDIANTE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA EN EDIFICIOS: MARCO REGULADOR

A lo largo de la historia se han celebrado diferentes encuentros¹³ para luchar de una forma efectiva contra el cambio climático. Para ello, se han realizado propuestas y marcado objetivos sobre cómo poder disminuir la emisión de gases de efecto invernadero.

Sin embargo, es en la conferencia celebrada en Kioto en 1997¹⁴ donde nace un instrumento jurídico de ámbito mundial, el denominado Protocolo

de Kioto. Este protocolo persigue disminuir en un 5% la emisión de gases de efecto invernadero en relación a los índices existentes en 1990, entrando en vigor dicho protocolo en 2005.

Posteriormente, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Cambio Climático celebrada, en 2015, en París, consigue un acuerdo a nivel mundial sobre contener la emisión de gases contaminantes y mantener el calentamiento global por debajo de dos grados centígrados. No obstante, para que este acuerdo entre en vigor en 2020 precisa la ratificación de 55 países que representan más de la mitad de la emisión de los gases de efecto invernadero¹⁵.

La Cumbre Mundial del Clima 2019 bajo el lema «tiempo de actuar por el planeta», celebrada en Madrid, refleja datos poco alentadores puesto que los resultados obtenidos muestran que queda mucho por hacer para frenar el cambio climático. Así, «deben multiplicarse por cinco los esfuerzos globales si se quiere lograr que el aumento de la temperatura se quede por debajo de los 1,5 grados y multiplicarse por tres si ese incremento no supere los 2 grados. A pesar que esta es una de las metas del Acuerdo de París, la ONU calcula que acorde a los planes hasta ahora presentados llevarán a 3,2 grados el incremento» (Organización Naciones Unidas. Cumbre Mundial del Clima, 2019).

La reunión sobre Emergencia del Cambio Climático en el Foro de Davos 2020, se celebra en Suiza, en la que participan líderes mundiales y, pone de manifiesto, una vez más, el fracaso de los gobiernos en mitigar las causas del cambio climático. Sin embargo, se hacen propuestas en pro de remitir el cambio climático, intentando establecer retos, soluciones y medidas con la mirada puesta en los ciudadanos.

Como podemos observar, son muchas las voces que se manifiestan sobre cómo afrontar de una forma efectiva el cambio climático, continuamente se abordan medidas urgentes a tomar, propuestas a realizar, objetivos alcanzar.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, urgen normas que regulen cómo hacer realidad dicho cambio, debiendo existir una convicción para todos los países pues afecta a todo el planeta, por lo que creemos conveniente analizar la normativa a nivel europeo y estatal sobre eficiencia energética en edificios. Todo ello, con el fin de poner de manifiesto si se han conseguido los objetivos planteados o por el contrario nos queda mucho por hacer para mitigar los efectos del cambio climático.

1. NORMATIVA EUROPEA Y ESTATAL

La normativa europea en materia de eficiencia energética es bastante extensa por lo que nos centraremos en aquellas que consideremos más relevantes, para el trabajo objeto de estudio. En este sentido, cabe mencionar,

en primer lugar, el Reglamento (CE) número 1980/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, en el que se establece un procedimiento para primar determinadas iniciativas económicas en aquellos productos que demuestren su protección al medio ambiente, con un menor consumo energético.

Si bien, la preocupación en materia energética en la UE ha estado presente ya desde el Tratado de Maastricht en 1992, pues se inicia un proyecto común en el mercado energético europeo.

En este contexto normativo, es de señalar la Directiva 93/76/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, relativa a la limitación de las emisiones de dióxido de carbono mediante la mejora de la eficacia energética, que identifica a los edificios como uno de los más importantes consumidores de energía y, al mismo tiempo, como uno de los mayores emisores de gases de efecto invernadero. Esta Directiva propicia el nacimiento de la certificación energética en edificios que entra en vigor, como recomendación para los Estados miembros, en 1995, siendo España uno de los países miembros que ha tardado más en su implantación.

Posteriormente, se promulga la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre relativa a la eficiencia energética de los edificios, dictada en el seno del cumplimiento de los objetivos marcados en el Protocolo de Kioto ya mencionado anteriormente, que avanza en la línea establecida previamente en la Directiva 93/76/CEE pues se regula estrictamente al sector edificios. Por tanto, esta normativa insta a que se reduzca la diferencia existente entre los Estados miembros, proporcionado una metodología para poder hacer realidad la certificación energética. Así, considera aspectos como: aislamiento térmico, calefacción, diseño de edificios, teniendo en cuenta su orientación, etc.

No obstante, esta Directiva, de importante calado en el tema objeto de estudio, se centra básicamente en los edificios de nueva construcción, olvidando el parque inmobiliario existente y edificado con importantes síntomas de ineficiencia energética. Esta normativa europea no solo apuesta decisivamente por mejorar la eficiencia energética sino también por impulsar el uso de tecnologías de energías renovables.

Posteriormente, en el Tratado de Lisboa en 2007 se pone de manifiesto una preocupación por proteger el medio ambiente y también se reconoce que la energía debe ser una competencia compartida entre los Estados miembros y la UE, puesto que hasta ese momento solo se hace referencia al mercado interior¹⁶.

La Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, muy ambiciosa en el campo de la certificación energética, y a pesar de que no tuvo una aplicación inmediata en los Es-

tados miembros, es modificada por lo que la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios que modifica y amplía algunos de los aspectos considerados previamente en la Directiva 2002/91/CE. Por tanto, la Directiva 2010/31/UE añade entre otras cuestiones, como elemento de eficiencia energética, la iluminación natural, abarcando la reducción del consumo de energía de las edificaciones ya construidas y no solo a las nuevas edificaciones.

Así, es obligatoria la certificación energética para todos aquellos edificios que sean objeto de venta o arrendamiento, permitiéndose al arrendatario o comprador disponer de mayor información que le puede ser útil en la toma de decisiones sobre alquilar¹⁷ o adquirir dicha edificación. Además, dicha normativa introduce el término «edificios de consumo de energía prácticamente nulo», animando a los Estados miembros a redactar planes nacionales para que se pueda incrementar el número de edificios de esta tipología.

Por tanto, «se mantiene la obligatoriedad de cumplir la normativa en los edificios que sean objeto de reformas importantes, pero se elimina el límite de superficie, por lo que se establece que en todos los edificios existentes en los que se renueven elementos, dichos elementos deben adaptarse a los requisitos mínimos de eficiencia energética, priorizando aquellos que tengan más relevancia para la eficiencia energética del edificio, con criterios de coste-efectividad» (RÚA, HUEDO, BRAULIO y LÓPEZ, 2018, 12).

La Directiva de 2010/31/UE además establece los requisitos mínimos para poder alcanzar un ahorro energético, en términos de rentabilidad con el fin de considerar cuáles son los costes de inversión, de mantenimiento de todas aquellas operaciones que sea preciso realizar, teniendo en cuenta la vida útil del edificio. De tal forma que la inversión que se realice en el ahorro energético sea recuperable mediante el ahorro que suponga incurrir en un menor coste al afrontar la facturación de la tarifa eléctrica. Para ello, establece acciones concretas para garantizar la reducción del consumo de energía en un 20%, para el año 2020 para todo el conjunto de los Estados miembros.

Posteriormente, la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y la Directiva 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y la Directiva 2006/32, tiene como objetivo el establecimiento de un marco único y globalizador dentro del marco europeo con el fin de fomentar la eficiencia energética. Por tanto, es preciso un desarrollo urbano sostenible, apoyado por normativas que promuevan la eficiencia energética y estrategias de renovación urbanística que fomenten la reducción del consumo de energía.

Obviamente, el llevar a cabo procesos de eficiencia energética implica soportar costes derivados de la mejora a introducir en tales edificios por lo que es necesario analizar la viabilidad económica del proyecto a acometer. Para ello, se dicta el Reglamento Delegado 244/12 (UE) de la Comisión, de 16 de enero de 2012, que complementa la Directiva 2010/31/UE y también promueve el desarrollo de una metodología o procedimiento que permita el cálculo de niveles óptimos de rentabilidad con respecto a los requisitos a exigir, tanto en los edificios de nueva creación como en los antiguos.

La Directiva 2018/844/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, establece objetivos ambiciosos para continuar reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero. En este sentido, se debe disminuir al menos en un 40% hasta el 2030, en comparación con lo existente en 1990, con el fin de mejorar la sostenibilidad en Europa.

Vuelve a incidir en la preocupación por la renovación energética de los edificios puesto que «casi el 50% del consumo de energía final de la Unión se destina a calefacción y refrigeración, de la cual el 80% se consume en edificios, la consecución de los objetivos de la Unión en materia de energía y cambio climático está relacionada con los esfuerzos de la Unión para renovar su parque inmobiliario priorizando la eficiencia energética, aplicando el principio «primero, la eficiencia energética» y estudiando el despliegue de las energías renovables» (Directiva UE 2018/844 del Parlamento Europeo).

Instando además a que los Estados miembros promuevan las mejoras de eficiencia energética en los edificios ya existentes pues contribuyen a obtener un entorno más saludable. De hecho, se ponen de manifiesto las medidas a tomar para impulsar el ahorro energético en edificios ya construidos, reduciendo para ello las necesidades energéticas para calefacción o refrigeración, el uso de la energía para la iluminación y no centrándose únicamente en el envolvente del edificio. Por consiguiente, es preciso que «los mecanismos financieros, los incentivos y la movilización de las instituciones financieras para las renovaciones de los edificios en materia de eficiencia energética deben tener un papel central en las estrategias nacionales de renovación a largo plazo y contar con la promoción activa de los Estados miembros. Esto debe incluir el fomento de las hipotecas que tengan en cuenta la eficiencia energética para las renovaciones de edificios cuya eficiencia energética esté certificada, la promoción de las inversiones por parte de las autoridades públicas en un parque inmobiliario eficiente en el uso de la energía, por ejemplo, a través de asociaciones público-privadas o de contratos facultativos de rendimiento energético» (Directiva UE 2018/844 del Parlamento Europeo). Por tanto, son considerables las normativas europeas¹⁸ que incentivan

de manera relevante el ahorro energético y el bienestar de los ciudadanos europeos.

En consecuencia, y a la vista de las diversas normativas europeas reguladoras de la eficiencia energética en el sector edificios residencial, debemos destacar la precaria situación en que se encuentra el parque inmobiliario en España. Es de señalar que dicha situación, no solo perjudica al buen estado y mantenimiento del edificio sino también a la salud de sus residentes puesto que además de ser edificaciones costosas de mantener, dado el gasto de energía que llevan asociado, inciden negativamente en el medio ambiente.

En el contexto nacional, es tan preocupante la situación española a nivel de eficiencia energética en el parque inmobiliario residencial, que la Comisión Europea prorrogó por un plazo de 2 meses, a partir de febrero de 2016, para establecer medidas que pudieran paliar esta situación; de lo contrario, sufriríamos sanciones como así establece la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2014 (Comisión Europea Tribunal de Justicia de la UE)¹⁹.

Por ende, es un problema que nos afecta a todos los ciudadanos desde un punto de vista social y económico. Así, en el aspecto social, se le está poniendo freno al cambio, dado que afecta negativamente al bienestar social y a la salud de los residentes que se ve menoscabada. Con respecto al aspecto económico, en la medida que todos los ciudadanos debemos soportar sanciones impuestas desde la UE por no adaptar la legislación nacional al marco europeo.

Se precisa, por tanto, un cambio de orientación en el modelo de crecimiento urbanístico que, como analizamos anteriormente, es en el año 2008 cuando el urbanismo español deja claro, en la exposición de motivos del TRLS 2/2008, que no abandona el desarrollo de nuevas ciudades, puesto que el crecimiento urbano sigue siendo necesario. Sin embargo, y siguiendo los parámetros establecidos por la UE, con el fin de responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, esta normativa propone minimizar un crecimiento disperso de la ciudad y apostar por la regeneración de la ciudad ya existente. Solo en ese momento existe una preocupación real por el legislador español en cambiar la línea de actuación que nos ha venido caracterizando desde la primera legislación urbanística²⁰.

Este cambio de orientación en nuestro país se sustenta, en parte, por la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, refundida posteriormente en la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética. Además, es preciso considerar la Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano y el Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible.

Todo ello se concreta, en el ámbito urbanístico, en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRR 8/2003), que alarma de la situación tan precaria que presenta el parque edificado español en materia de eficiencia energética, señalando la gran distancia que existe con las exigencias europeas impuestas en materia de ahorro energético.

Dicha legislación establece los siguientes objetivos básicos y de carácter obligatorio, a seguir por los Estados miembros, que se sustentan en reducir en un 20% la emisión de los gases de efecto invernadero, incrementar el consumo de energías renovables y mejorar en un 20% la eficiencia energética.

Tales objetivos europeos «se traducen en objetivos nacionales y esta Ley contribuye, sin duda, al cumplimiento de estos, a través de las medidas de rehabilitación que permitirán reducir los consumos de energía, que promoverán energías limpias y que, por efecto de las medidas anteriores, reducirán las emisiones de gases de efecto invernadero del sector» (exposición de motivos de LRRR 8/2013).

Esta normativa, actualmente integrada en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLR 7/2015), introduce importantes cambios en la rehabilitación de edificios en lo relativo a la certificación de edificios, contribuyendo a la sostenibilidad ambiental, cohesión social y por supuesto a la mejora de la calidad de vida de todos los residentes²¹.

Como hemos puesto de manifiesto, el parque inmobiliario residencial español es bastante precario desde el punto de vista de la eficiencia energética, en muchos casos situados en barrios vulnerables. Así, la normativa europea dispone que nuestro parque inmobiliario, considerando el perfil de sus residentes, en muchos casos con escasos recursos económicos, y con el nivel bajo de estudios, afronten la conversión energética de sus edificios, como si de un proyecto de viabilidad económica se tratara.

En opinión de MOYA (2014:79), la dificultad de llevar a cabo la rehabilitación «radica en encontrar el equilibrio en la imprescindible colaboración de la Administración con el sector privado, para lo cual hace falta además de buenas leyes buena gestión».

Los agentes económicos que, según la normativa urbanística²², son llamados a ejecutar tales proyectos de eficiencia energética son, entre otros, la comunidad de propietarios y las cooperativas de viviendas, otorgándoles desde el ámbito urbanístico capacidad jurídica plena para hacer realidad dichos procesos.

En consecuencia, tanto la regulación europea como la nacional abogan por reducir el consumo de energía en el parque inmobiliario, y para poder cumplir con las exigencias impuestas en materia de eficiencia energética en edificios es necesario analizar el marco regulatorio específico para el sector de la edificación.

2. NORMATIVA APLICABLE AL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN

La primera normativa referente al sector de la edificación que debemos mencionar es la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación²³, posteriormente modificada por la LRRR 8/2013 e incluida en el vigente TRLS 7/2015. También cabe destacar, en la materia de estudio, la Ley 4/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que incorpora los mandatos europeos en lo referente a las medidas a tomar en energías renovables y también en eficiencia energética²⁴. Comprometiéndose, en esta normativa, el gobierno español a formular planes nacionales de ahorro y eficiencia energética que incorporen estrategias para fomentar el ahorro energético que apuesten por alcanzar los objetivos propuestos, siendo objeto de estudio posterior.

Para dar respuesta a las exigencias contenidas en dicha normativa se promulga el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, (RDCTE 314/2006) que presenta diversas actualizaciones²⁵ con la finalidad de adaptarse a las demandas de la sociedad.

Este código se estructura en dos partes bien diferenciadas; la primera de ellas establece las disposiciones de carácter general, así como los requisitos que deben cumplir los edificios; y la segunda parte, dispone cuáles son los documentos básicos para poder cumplir los requisitos exigidos.

Estos documentos requieren un proceso de actualización en función de los avances técnicos y también por las demandas de la sociedad, recogiendo las exigencias básicas y su cuantificación, así como cuáles han de ser los procedimientos para poder alcanzar el cumplimiento de las exigencias básicas descritas.

En definitiva, el Código Técnico persigue fundamentalmente mejorar la calidad de los edificios, así como incentivar la sostenibilidad. De tal forma que, «la demanda de una mayor calidad de la edificación responde a una concepción más exigente de lo que implica la calidad de vida para todos los ciudadanos en lo referente al uso del medio construido. Responde también a una nueva exigencia de sostenibilidad de los procesos edificatorios y urbanizadores, en su triple dimensión ambiental, social y económica» (exposición de motivos del RDCTE 314/2006).

En cumplimiento de la Directiva 2010/31/UE, ya mencionada, que establece la obligación de realizar, de forma periódica, actualizaciones y revisiones en las exigencias reglamentarias en eficiencia energética en edificios, se aprueba recientemente el Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, (RDCTE 739/2019). Esta normativa, actualmente vigente, persigue alinearse con las iniciativas normativas tanto

a nivel europeo como estatal, entre otros aspectos, en el ahorro de energía. Para ello, dispone el uso de un «Documento Básico de Ahorro de Energía» (DBHE), y añade un nuevo documento que tiene como finalidad proteger a los edificios frente a la exposición al gas radón, denominado «Documento Básico de Salubridad».

Centrándonos en el ahorro energético de edificios, el nuevo DBHE, «mejorará la calidad de las envolventes térmicas de los edificios y fomentará el uso de las tecnologías más eficientes y sostenibles para su acondicionamiento, lo que permitirá alcanzar unas condiciones adecuadas de confort con el mínimo gasto energético». (Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana. Código Técnico de la Edificación, 2020, 1).

Todo ello en pro que España alcance una economía baja en carbono en 2050, pues se ha comprometido en acuerdos internacionales en las conferencias mundiales celebradas sobre cambio climático.

Ahondando en la eficiencia energética del parque inmobiliario, nos ajustamos a las exigencias básicas que dispone el Código Técnico para poder alcanzar el ahorro energético en el parque inmobiliario, concretamente, el DBHE, mostrando la tabla 1, a modo de resumen, cuáles son las exigencias establecidas.

Tabla 1. Exigencias Básica de Ahorro de Energía

Exigencia básica HE0: Limitación del consumo energético	El consumo energético de los edificios se limita en función de la zona climática, de su ubicación y en el caso de los edificios ya construidos ²⁶ .
Exigencia básica HE1: Condiciones para el control de la demanda energética	Los edificios deben disponer de una envolvente térmica que permita alcanzar un bienestar térmico considerando la zona climática (uso del edificio, régimen de verano o invierno, su ubicación) y, en los edificios existentes, depende del alcance de su intervención ²⁷ .
Exigencia básica HE2: Condiciones de las instalaciones térmicas	Los edificios deben contar con las instalaciones térmicas acordes que permitan proporcionar el bienestar térmico de sus residentes ²⁸ .
Exigencia básica HE3: Condiciones de las instalaciones de iluminación	Los edificios deben disponer de instalaciones de iluminación apropiadas para sus usuarios, de tal forma que sean energéticamente eficientes y estableciendo un sistema de control para poder ajustar el funcionamiento a la ocupación real de las zonas a iluminar.

Exigencia básica HE4: Contribución mínima de energía renovable para cubrir la demanda de agua caliente sanitaria	Los edificios que prevean demanda de agua caliente sanitaria o bien climatización de piscina cubierta deben utilizar, en parte, energía de fuentes renovables o bien a través de la conexión a un sistema urbano de calefacción.
Exigencia básica HE5: Generación mínima de energía eléctrica	Aquellos edificios que tengan un alto consumo de energía eléctrica deben incorporar fuentes renovables para su uso.

Fuente: Elaboración propia, a partir del Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación.

En definitiva, los objetivos que se pretenden alcanzar con el ahorro energético en edificios se concretan en: limitar la demanda de energía; mejorar el rendimiento de las instalaciones térmicas; establecer sistemas de iluminación que sean más eficientes energéticamente y, por último, promover el uso de energías renovables.

En este sentido, «los edificios dispondrán de una envolvente de características tales que limite la demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico en función del clima de la localidad, del uso del edificio y del régimen de verano y de invierno; el incremento de la eficiencia de las instalaciones contemplado en el Reglamento de Instalaciones Térmicas de Edificios y en la integración de las energías renovables en la edificación tanto para la producción de agua caliente sanitaria como para la producción de energía eléctrica» (GONZÁLEZ 2017, 157).

Una vez descrita la normativa específica sobre el sector inmobiliario residencial cabe preguntarse qué medidas se pueden adoptar en la edificación, señalando que, como mencionamos anteriormente, la Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre establece la obligatoriedad de poner a disposición, tanto de los compradores como de los usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética²⁹, siendo incluido por la Directiva 2010/31 de eficiencia energética en edificios.

Este documento describe si el inmueble en cuestión es eficiente desde el punto de vista energético, información que es proporcionada al propietario del edificio. Dicho certificado debe ser expuesto en edificios que sean objeto de venta o arrendamiento, poniéndose también a disposición en un Registro oficial de certificados energéticos³⁰, donde se constata la precaria situación del parque inmobiliario en materia de eficiencia energética.

En lo que respecta al Registro de certificados de eficiencia energética de edificios es preciso considerar tanto la normativa a nivel nacional³¹ como la correspondiente a las comunidades autónomas³², donde se habilita el registro de certificaciones para su ámbito territorial. Estas normativas regulan el

procedimiento administrativo para realizar la inscripción en el Registro de certificados de eficiencia energética de edificios, estableciendo qué pautas a seguir para actualizar, anular o renovar el certificado de eficiencia energética, fomentando, entre otras cuestiones, la tramitación telemática de los procedimientos registrales. Por tanto, los datos recogidos en los distintos Registros oficiales autonómicos son de vital importancia para comprobar el estado energético del parque inmobiliario español, facilitando en gran medida su diagnóstico.

En consecuencia, el Registro de certificados de eficiencia energética de edificios es una herramienta de gran utilidad dado que, al mostrar un inventario energético de los edificios, permite calibrar al gobierno español si las políticas públicas llevadas a cabo son efectivas o por el contrario queda mucho por hacer.

Los proyectos de eficiencia energética son costosos de acometer y es esencial comenzar por determinar en qué situación se encuentra el inmueble a rehabilitar. Por tanto, es necesario disponer del certificado de eficiencia energética que deben tener a su disposición tanto los compradores como los usuarios. De hecho, se convierte en un documento imprescindible para acceder a las distintas ayudas económicas y fuentes de financiación públicas en materia de ahorro energético.

En nuestra opinión existe una extensa regulación a nivel europeo, estatal y propia del sector de la edificación que intentan dar solución a un parque residencial energéticamente ineficiente. No obstante, es fundamental no solo contar con un marco jurídico apropiado sino también con políticas públicas que aporten recursos financieros e impulsen económicamente los proyectos de rehabilitación energética.

IV. POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO A LA REHABILITACIÓN ENERGÉTICA EN EDIFICIOS RESIDENCIALES

La Estrategia de Ahorro de Eficiencia Energética 2004-2012, aprobada en 2003, supuso para nuestro país establecer políticas de fomento y un punto de inflexión sobre las medidas que hasta ese momento se estaban realizando.

En lo referente a la mejora de la eficiencia energética de los edificios, y en consonancia con las líneas estratégicas de la UE en pro del desarrollo sostenible, se promulga la Resolución de 28 de abril de 2015, del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, por la que se publica la Resolución de 24 de marzo de 2015, del Consejo de Administración por las que se modifican las bases reguladoras y convocatorias del programa de ayudas para la rehabilitación energética de edificios existentes del sector residencial (uso vivienda y hotelero), comúnmente denominado PAREER-

CRECE'2015, que se mantiene en vigor hasta 2016. Además, dispone que su objetivo general es contribuir a alcanzar tanto los objetivos establecidos en la Directiva 2012/27/UE como los dispuestos en el Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2014-2020.

Este programa se diseña para «incentivar y promover la realización de actuaciones de reforma que favorezcan la reducción de dióxido de carbono, mediante el ahorro energético, la mejora de la eficiencia energética y el aprovechamiento de las energías renovables en los edificios existentes, con independencia de su uso y de la naturaleza jurídica de sus titulares» (Apartado Primero del PAREER-CRECE'2015). En consecuencia, dicho documento permite crear oportunidades de crecimiento y empleo en distintos sectores económicos, en especial en el sector de la construcción, favoreciendo la regeneración urbana, y contribuyendo a la cohesión económica, territorial y social del territorio nacional.

El Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2014-2020 se configura como una herramienta política en materia energética, presentando una especial preocupación por el sector de la edificación pues señala un enorme potencial para el ahorro en consumos energéticos, estableciendo además medidas de mejora para organismos públicos, sector industrial y transporte. Dicho plan de acción de eficiencia energética precisa una renovación trienal³³.

Así, este plan nacional tiene como finalidad promover inversiones en la renovación energética de edificios residenciales, estableciendo cómo se deben realizar tales inversiones para que sean rentables económicamente, con el fin de disminuir tanto el consumo de energía suministrada a la vivienda como al edificio en su totalidad.

Por tanto, persigue movilizar inversiones tanto de carácter público como privado, generar empleo y llevar procesos de rehabilitación energética que no sean excesivamente costosos para los beneficiarios de la renovación. Resaltando la importancia de la información y de la comunicación para involucrar a los ciudadanos y que tengan conocimiento de cuáles son las obligaciones y las ventajas vinculadas a la eficiencia energética, considerando mejoras con respecto al bienestar, la salud y el confort. Como consecuencia de estas actuaciones, el valor económico del inmueble rehabilitado se va incrementando.

También es de señalar el Fondo de Inversión en Diversificación y Ahorro de Energía (FIDAE), como un fondo de cartera JESSICA (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas), que tiene como propósito financiar proyectos urbanos de eficiencia energética y de uso de las energías renovables. Se constituye como resultado de un acuerdo de financiación firmado entre el Banco Europeo de Inversiones y el Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía el 1 de julio de 2011, y que se mantiene vigente hasta 2016.

En este sentido, el organismo público competente «comparte y apoya el objetivo de la Nueva Agenda Urbana de la prosperidad urbana sostenible, las ciudades deben configurarse como motor del cambio económico, social y ambiental, y deben contribuir a la generación de empleo desde su propio diseño y gestión» (Ministerio de Fomento, 2016).

El Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2017-2020 da continuidad al anterior plan e informa de los progresos obtenidos en materia de eficiencia energética, realizando una valoración de las políticas públicas que son llevadas a cabo. Así, establece que «es previsible que el efecto combinado de las medidas legislativas de aplicación en el sector de la edificación y de otras iniciativas, dirigidas tanto a la rehabilitación de la envolvente térmica de los edificios existentes como a la mejora de la eficiencia de las instalaciones térmicas y de iluminación, refuerce la mejora de la eficiencia de las viviendas y edificios residenciales (Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2017-2020, 87).

El legislador español regula las áreas de rehabilitación, en las que quedan incluidas los proyectos de eficiencia energética, en el marco de los planes de vivienda. Este hecho es fundamental pues da un respaldo económico, impulsando la realización de las actividades de rehabilitación (RUBIO, 2014).

El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, también conocido como el Plan Estatal de Vivienda 2013-2016, se dicta con una realidad económica y financiera preocupante donde el acceso a una vivienda digna por sectores vulnerables de la ciudadanía es muy difícil. En consecuencia, este plan se redacta en aras de buscar un equilibrio entre el fuerte crecimiento urbanístico de nueva ciudad, y la insuficiente conservación del parque inmobiliario existente. Además, implanta políticas de ayuda al alquiler de vivienda, reorientando su actuación frente a las ayudas dadas con anterioridad para la adquisición de vivienda.

Posteriormente, el Ministerio de Fomento, en lo referente a la concesión de ayudas económicas públicas, dicta el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda, 2018-2021 que presenta varios programas de actuación en pro del alquiler de vivienda y de la rehabilitación urbana. Se destaca, el fomento a «la conservación, la mejora de la eficiencia energética y la implantación de la accesibilidad universal, no solo de nuestras viviendas, sino también del entorno urbano en el que desarrollan su vida los ocupantes de estas. Las ayudas a la mejora de la eficiencia energética constituyen un elemento central en el esfuerzo por la instauración de una economía basada en bajas emisiones de carbono, de acuerdo con los objetivos del Gobierno y las previsiones y políticas de la Unión Europea, que ayudarán a reducir la factura energética de las familias

y del país en su conjunto, así como a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero» (exposición de motivos. Plan Estatal de Vivienda, 2018-2021).

En este trabajo nos centramos en el programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y la sostenibilidad en viviendas, mostrando la tabla 2 los principales aspectos de dicho programa.

Tabla 2. Programa de fomento a la eficiencia energética en edificios

Beneficiarios	Los propietarios de viviendas unifamiliares aisladas o agrupadas en fila y de edificios existentes de tipología residencial de vivienda colectiva, así como de sus viviendas, bien sean personas físicas o bien tengan personalidad jurídica de naturaleza privada o pública. Podrán ser beneficiarios, también, las Administraciones Públicas y los organismos y demás entidades de derecho público, así como las empresas públicas y sociedades mercantiles participadas, íntegra o mayoritariamente, por las Administraciones públicas propietarias de los inmuebles. Las comunidades de propietarios, o las agrupaciones de comunidades de propietarios. Las sociedades cooperativas. Los propietarios que, de forma agrupada, sean propietarios de edificios. Las empresas constructoras, arrendatarias o concesionarias de los edificios, así como cooperativas que acrediten dicha condición. Empresas de servicios energéticos.
Requisitos	Estar finalizadas antes de 1996. Que constituyan el domicilio habitual. Que se aporte un informe técnico con fecha anterior a la solicitud de la ayuda que acredite la necesidad de la actuación. Que se aporte proyecto de las actuaciones a realizar ³⁴ .
Actuaciones subvencionables	Mejora de la envolvente térmica del edificio. Instalación de sistemas de calefacción, refrigeración o el incremento de eficiencia energética de los ya existentes. Instalación de equipos que permitan la utilización de energías renovables. Actuaciones que mejoren el cumplimiento de los parámetros establecidos en el Documento Básico del Código Técnico de la Edificación DB-HR (protección contra el ruido) y DB-HS (salubridad) ³⁵ .

Fuente: Elaboración propia, a partir del Plan Estatal de Vivienda, 2018-2021.

Como se puede apreciar en la tabla 2, se define cuál es objeto de la ayuda, quiénes son los beneficiarios, los requisitos, así como las actuaciones subvencionables, destacando que las comunidades de propietarios o agrupaciones de propietarios están considerados los principales beneficiarios de las subvenciones para hacer realidad los proyectos de eficiencia energética en edificaciones residenciales.

De hecho, los beneficiarios «dejan de ser los propietarios, individualmente considerados en su condición de propietarios de las viviendas, para ceder ese papel a las comunidades de propietarios, las agrupaciones de comunidades de propietarios y otros agentes de similares características, algo que, sin duda, agilizará la gestión. La especial naturaleza de estas subvenciones requiere que este Real Decreto, como normativa reguladora propia de las mismas, establezca limitaciones a la excepción prevista por el artículo 13.2³⁶ de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, con carácter general» (exposición de motivos del Plan Estatal de Vivienda, 2018-2021).

Por tanto, en principio, la comunidad de propietarios es quien recibe y gestiona la subvención, señalando que para poder recibir dicha subvención es preciso contar, previamente, con el certificado de eficiencia energética del edificio a rehabilitar.

Ello implica que los propietarios que conforman la comunidad deben estar de acuerdo en el proyecto de eficiencia energética a realizar y que todos los propietarios no tengan alguna de las limitaciones contenidas en el artículo 13.2 de la Ley de Subvenciones 2003. De lo contrario, si existe algún propietario con limitaciones, por ejemplo, no estar al corriente con las obligaciones tributarias, «no se atribuirá a dicho propietario la parte proporcional que le correspondería de la ayuda recibida, que se prorrateará entre los restantes miembros de la comunidad o agrupación» (art. 34.2 del Plan Estatal 2018-2021) y, por tanto, este propietario debe costear su parte correspondiente de las obras que supongan la mejora del edificio desde el punto de vista energético.

No obstante, y a pesar de lo mencionado, la gestión eficiente de la rehabilitación energética podría superar a la comunidad de propietarios, señalando cuestiones como: pedir el certificado de eficiencia energética para determinar de qué situación parte el inmueble y cuáles son las carencias y exigencias a cumplir; recabar información para tramitar los subsidios públicos; solicitar licencias o permisos a la administración pública; requerir ayudas públicas para sufragar los gastos, señalando que la obtención de financiación para los proyectos objeto de estudio podría ser laboriosa y tediosa para las comunidades de propietarios; gestionar la contratación de empresas de servicios energéticos que ejecuten el proyecto; controlar que las actividades presupuestadas para ejecutar el proyecto de eficiencia energética

coincidan con las finalmente realizadas, en términos técnicos (calidad de material, horas de trabajo utilizado...), y en términos económicos (coste de material, precio pactado para la realización de cada actividad...); analizar cuál podría ser el ahorro en la factura energética por hacer la edificación más eficiente; concretar qué vecino presenta problemas económicos que impida la obtención de la ayuda pública, etc.

Obviamente, las actividades a realizar para hacer una edificación más eficiente energéticamente pueden ser gestionadas por la comunidad de propietarios. Sin embargo, y en opinión de NASSARE y SIMÓN (2020, 1072) «no es suficiente la buena voluntad del propietario, es decir, el respeto y la educación (las principales cualidades para una buena convivencia entre los vecinos), sino que es necesaria una situación económica personal que le permita hacer frente a sus deudas personales de la comunidad».

Además, no debemos olvidar que, generalmente, el representante o presidente de la comunidad es un propietario y no un agente profesional de la gestión de la rehabilitación energética. Al mismo tiempo, es asignado de forma rotatoria, que desempeña, habitualmente, su labor profesional fuera de la comunidad. En otras ocasiones, la comunidad puede estar configurada por personas de avanzada edad con escasos recursos económicos, pues en la mayoría de los casos los barrios degradados o edificios, que precisan una rehabilitación energética, son edificaciones obsoletas, en ocasiones en barrios marginados, o áreas urbanas vulnerables.

Entre otros agentes económicos, además de la comunidad de propietarios, el plan de vivienda también contempla a las sociedades cooperativas como beneficiarias de las ayudas públicas para llevar a cabo los proyectos de eficiencia energética. En consecuencia, a estas asociaciones, y como ya mencionamos desde la normativa urbanística, se les otorga capacidad jurídica plena para ejecutar procesos de eficiencia energética. Además, son consideradas por la Administración pública como agentes económicos válidos para percibir subvenciones que permitan financiar tales proyectos.

Ahora bien, a nuestro juicio, nos debemos preguntar si las ayudas concedidas y las políticas públicas formuladas han contribuido a una mayor tasa de rehabilitación en los edificios. En este sentido, «la actividad de la rehabilitación alcanzó en 2014 un volumen de negocio anual de 29.591,4 millones de euros, lo que supone un incremento del 9,7% con respecto al año anterior, superando por tercer año consecutivo el volumen de negocio de la edificación de obra nueva. De este modo, la rehabilitación representó el 55,7% del volumen de negocio total del sector de la edificación, una tasa muy superior a la que representaba en el año 2007 (en que suponía el 18,2%)» (Ministerio de Fomento, 2017, 4), por lo que se podría constatar que está cambiando la línea de actuación seguida anteriormente. De hecho, «el tipo de edificio a rehabilitar en el año 2015, de acuerdo con la información de

las licencias municipales de obra, en el conjunto de España, el 80,6% de los edificios objeto de rehabilitación es de uso residencial» (Ministerio de Fomento, 2017, 4).

Estos datos ponen de manifiesto que los esfuerzos realizados por el legislador español, dictando normativa para impulsar la rehabilitación energética en el parque residencial, está alcanzando resultados. No obstante, es preciso señalar que, en materia de políticas públicas de fomento de eficiencia energética, las financiaciones de las reformas previstas en el edificio se obtienen en un 58,7% mediante derramas en las cuotas de la comunidad de propietarios, representando tan solo el 6,8% los recursos financieros provenientes de subvenciones o ayudas públicas (Ministerio de Fomento, 2017).

En este sentido, nos podríamos cuestionar si las ayudas públicas otorgadas para dar respuesta al reto de la eficiencia energética son insuficientes, o el problema radica en qué agente económico está gestionando los proyectos que se deben acometer, pudiendo quizás existir diferencias entre la gestión realizada por una comunidad de propietarios y otro agente económico diferente, como podría ser una sociedad cooperativa.

Por otra parte, y en consonancia con apoyar y promover la rehabilitación energética en edificios residenciales, además de las ayudas directas provenientes de los fondos estructurales europeos, o los planes nacionales, o de las comunidades autónomas³⁷ y ayuntamientos, también se han articulado otras medidas de carácter indirecto, desde el punto de vista tributario³⁸, como la deducción fiscal de los costes de rehabilitación o mejoras en la accesibilidad, o la facultad que se le ha concedido a los ayuntamientos de rebajar los tipos del IBI a las viviendas eficientes en términos de consumo energético³⁹.

Por tanto, como se ha señalado las Administraciones públicas tiene un papel crucial para fomentar el cambio en los edificios no sostenibles. Así, establecen medidas de carácter financiero para incentivar a los residentes a invertir recursos en procesos que pueden ser costosos, que conllevan molestias y en ocasiones, incluso, trasladarse temporalmente de alojamiento mientras duren los trabajos de mejora y rehabilitación.

El tema estudiado plantea una realidad económica y social que de solucionarse mejora la calidad de vida de los ciudadanos, incrementa el valor económico del inmueble, reduce la facturación eléctrica y lucha contra el cambio climático, pero estos procesos pueden sobrepasar las capacidades de gestión de los propietarios, a nivel individual, o la comunidad de propietarios.

Las organizaciones de economía social, entre las que se encuentra las sociedades cooperativas, pueden liderar estos procesos de eficiencia energética en edificios residenciales, aunando los esfuerzos realizados por los poderes públicos, en cuanto a la financiación asignada y al marco jurídico

dictado, y animando a los residentes a involucrarse en estos procesos, pues la participación ciudadana es imprescindible.

V. EL ROL DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS EN EL AHO- RRO ENERGÉTICO EN EDIFICIOS

La Economía Social conforma un conjunto de diversas organizaciones, que pueden presentar distintas fórmulas legales, entidades como las cooperativas, fundaciones, asociaciones, mutuas, sociedades laborales o centros especiales de empleo, por citar solo algunas. Desarrollan sus actividades dentro del conjunto de la economía, pero no pertenecen a las Administraciones públicas ni a las empresas privadas lucrativas, constituyéndose en un Tercer Sector. El principal papel de este sector es precisamente desarrollar actividades y prestar servicios que no son atendidos por los otros sectores, no siendo baladí su aportación al PIB, representado un 10% en nuestro país, por lo que es un modelo de negocio que crea empleo, con criterios de sostenibilidad y priorizando valores sociales en un entorno empresarial.

La Comisión Europea (2004) identifica la Economía Social como una manera alternativa, una fórmula empresarial basada en las personas, frente a las típicas empresas de negocios, que están basadas en el capital. Este es un sector que ofrece trabajo estable y oportunidades de empleo precisamente a aquellos colectivos que tienen más dificultades en otros ámbitos empresariales, como inmigrantes o personas con discapacidad, y además presenta una elevada tasa de empleo femenino en algunas áreas. De hecho, es un sector que pone en valor el aspecto social, en primer lugar y el económico puesto que han demostrado resistir en momento de crisis⁴⁰ frente al modelo tradicional empresarial, teniendo su reconocimiento con la Estrategia Española de la Economía Social 2017-2020 pues «responde a la necesidad de tener en cuenta y promover las particularidades de las empresas de la economía social en el mercado único, así como de incluir y apoyar a las empresas de la economía social a través de programas, proyectos y fondos y en el desarrollo innovador y sostenible de un ecosistema financiero adecuado» (Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020) y, recientemente, con la creación del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Es de destacar el papel que pueden cumplir estas organizaciones en el desarrollo de algunos de los derechos consagrados en la Constitución española de 1978, como el derecho de asociación (art. 22) o el derecho de fundación para fines de interés general (art. 34). Igualmente, en el artícu-

lo 129.2 se establece que los poderes públicos fomentarán, con una legislación adecuada, las sociedades cooperativas.

La Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (LES 5/2011) se promulga en nuestro país para dar apoyo y reconocimiento a estas organizaciones, en consonancia con las iniciativas europeas. Esta ley se promulga, no para sustituir la normativa vigente de las distintas formas jurídicas que la encuadran, sino todo lo contrario para dotarlas de un mayor reconocimiento y visibilidad. Así, se identifican esta diversidad de entidades por los principios orientadores en base a los cuales actúan, persiguiendo el interés colectivo de sus integrantes, el interés general económico o social, o ambos⁴¹.

De las distintas organizaciones que configuran las organizaciones de la Economía Social, en este trabajo, nos centramos en las cooperativas. Estas sociedades están constituidas «por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional⁴², en los términos resultantes de la presente Ley» (art. 1.1. de la Ley 27/1999, de 27 de julio, de Cooperativas).

En el ámbito objeto de estudio, la rehabilitación energética de los edificios residenciales, nos centramos en las cooperativas de viviendas, puesto que pueden realizar «actividades de rehabilitación de viviendas, locales y edificación e instalaciones complementarias» (art. 89.1 de la Ley 27/1999, de 27 de julio, de Cooperativas). Además, en opinión de LAMBEA (2014) estas sociedades pueden resolver los problemas planteados, entre los propietarios afectados, para tomar decisiones sobre los proyectos de mejora energética, adoptando medidas de negociación, de mediación y de resolución de conflictos.

Las cooperativas de viviendas constituyen una fórmula extendida por todo el mundo para proporcionar hospedaje a millones de personas. No obstante, existen múltiples diferencias entre los distintos países, como consecuencia de las diversas tradiciones, marcos legales, capacidad financiera y las necesidades alojativas de distintos colectivos. Ello provoca que el término cooperativa de vivienda presente distintas connotaciones en los distintos países.

En nuestro país, tradicionalmente, las cooperativas de viviendas se presentan como un agente partícipe en la promoción y construcción de viviendas nuevas con la finalidad de ofrecerlas a sus socios o miembros, al menor coste posible, en régimen de propiedad. Por tanto, una vez terminada y adjudicada la vivienda, la sociedad cooperativa se disuelve.

De hecho, «históricamente, las cooperativas de viviendas en nuestro entorno se han construido (al igual que las viviendas protegidas) para los sectores sociales más desfavorecidos, que eran excluidos tradicionalmente del mercado de la

vivienda, especialmente en aquellos momentos en que la situación de la demanda de vivienda no favorecía que los promotores tradicionales ofrecieran un producto de precio limitado» (ETXEZARRETA, CANO y MERINO, 2018, 66).

En consecuencia, las cooperativas de viviendas españolas han participado en el sector de la construcción suministrando viviendas nuevas a sus miembros⁴³, convirtiéndolos en propietarios de dichas residencias⁴⁴. Por consiguiente, han atendido las necesidades de alojamiento de diversos colectivos, facilitando el acceso a una vivienda a personas con menores recursos económicos. Según datos del sector⁴⁵, el cooperativismo de viviendas en España ha producido más de 1,5 millones de viviendas a través de múltiples desarrollos inmobiliarios de autopromoción en obra nueva. Así, la fórmula cooperativa ha demostrado su capacidad de dar respuesta a una necesidad humana básica por medio de la acción colectiva.

En el escenario actual, con una severa y profunda crisis económica, producida por el coronavirus que ha provocado una pandemia a nivel mundial, las cooperativas de viviendas pueden desempeñar un papel clave en la lucha contra la pobreza energética y la exclusión social. En este sentido, las cooperativas pueden demostrar, una vez más, su buen hacer en el que prioriza la persona frente al capital. Estas organizaciones se presentan como vías alternativas frente a las típicas empresas de negocios, pues sus valores, sus métodos, y sus formas de proceder son distintas.

Las cooperativas objeto de estudio tienen una extensa presencia internacional, y pueden adoptar muy diversas modalidades⁴⁶ tal y como se muestra en la tabla 3. De hecho, en muy pocas ocasiones las cooperativas de viviendas son constituidas para la edificación de viviendas para alquiler o para otros usos⁴⁷.

Tabla 3. *Tipología de cooperativas de viviendas*

Cooperativas de viviendas	Atendiendo a la actividad	Cooperativas de autoconstrucción, en las que los socios ponen en común su trabajo para la construcción de las viviendas.
		Cooperativas que construyen viviendas para adjudicarlas en propiedad a los socios, y que se disuelven una vez adjudicada la propiedad individual a cada socio.
		Cooperativas para la rehabilitación de viviendas, que son cooperativas que se constituyen por parte de los propietarios de las viviendas, que se agrupan en cooperativa para gestionar conjuntamente la rehabilitación.

Cooperativas de viviendas	Atendiendo a la actividad	Cooperativas de crédito a la construcción, cuyo objeto es proporcionar créditos para la construcción o rehabilitación de las viviendas de sus socios.
	Atendiendo a la titularidad	Cooperativas que adjudican la propiedad individual a los socios, pero que no se disuelven, sino que continúan para administrar los elementos comunes que son propiedad de la cooperativa y prestar servicios a los socios.
		Cooperativas que conservan la propiedad de las viviendas y ceden su uso a los socios, que son copropietarios del conjunto edificado y que acceden al uso y disfrute individual de la vivienda.
		Cooperativas que administran elementos comunes a las viviendas y prestan servicios de interés a los socios.
	Atendiendo al perfil del usuario	Cooperativas de usuarios y arrendatarios de viviendas, que asocian no a los propietarios de las viviendas, sino a los arrendatarios de estas, que habitualmente son de propiedad pública.
		Cooperativas que construyen o administran residencias para jóvenes, o mayores, o determinados colectivos que requieren modelos de alojamiento adaptados a sus necesidades, que normalmente incluye amplias zonas comunes y servicios.

Fuente: Elaboración propia, a partir de FAJARDO (2014).

Es de señalar que, estas organizaciones están sujetas a la normativa fiscal propia establecida en la legislación tributaria para las sociedades cooperativas (Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen fiscal de las cooperativas), que contempla ciertas particularidades para las sociedades cooperativas en general⁴⁸, y en particular a las denominadas cooperativas especialmente protegidas, que disfrutan de ciertas ventajas fiscales. Las cooperativas de viviendas se encuadran en la categoría de especialmente protegidas, estableciéndose la exención de algunos impuestos (como el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados) o bonificaciones en impuestos locales (como el impuesto sobre actividades económicas), o tipos impositivos reducidos en el impuesto sobre sociedades.

Estas medidas fiscales incentivadoras de las cooperativas responden al mandato constitucional de promover las sociedades cooperativas y, en el caso de las cooperativas de viviendas, de facilitar el derecho a una vivienda digna⁴⁹.

Las cooperativas objeto de estudio presentan diversas ventajas económicas, jurídicas y sociales, a sus socios para el acceso a una vivienda (FARJARDO, 2014).

Desde la óptica económica, la construcción de viviendas bajo el modelo cooperativo supone una reducción del coste de la residencia para el socio de la cooperativa, ahorrando el beneficio que obtendría el promotor inmobiliario⁵⁰. Desde el punto de vista jurídico, se destaca la limitación de la responsabilidad de la cooperativa y de los socios por las deudas de la cooperativa contraídas para el cumplimiento del objeto social⁵¹. En relación al aspecto social, al ser una fórmula asociativa que agrupa a un conjunto de personas con unas necesidades individuales, que se integran en un proyecto común, que promueve la colaboración y cooperación⁵².

Con el precario parque inmobiliario español que contamos, desde el punto de vista energético, nos planteamos en este trabajo si la fórmula cooperativa de viviendas puede ser la respuesta a los desafíos que plantea la rehabilitación energética en edificios residenciales.

En nuestra opinión, la cooperativa propuesta hace partícipes e involucra a todos los propietarios del inmueble a rehabilitar, convirtiéndolos en socios cooperativistas. De esta forma, los residentes tienen mayores posibilidades de controlar, velar por la seguridad y calidad, y tomar decisiones de manera democrática, con más información y transparencia sobre el proceso de mejora energética en el edificio o vivienda a rehabilitar.

Por tanto, esta sociedad realiza las labores de gestión, control y suministro de información de todas las fases que abarca el proyecto de mejora de eficiencia energética en edificios residenciales. Esta forma de actuar permite un asesoramiento y profesionalización en las tareas a ejecutar, ofreciendo una información detallada, en todo momento, a los socios cooperativistas.

Con ello se consigue, entre otras cuestiones, reducir la facturación energética unido a un consumo más eficiente, lo que incide positivamente en la pobreza energética, luchar contra el cambio climático, y el consecuente incremento de valor de la vivienda rehabilitada. En opinión de GÓMEZ (2010, 460) «la sociedad cooperativa puede ser un partícipe muy activo, especialmente en tiempo de crisis, en la gestión y el mantenimiento del tejido urbano existente o recuperación de la ciudad conformada».

Para iniciar el proceso, estas sociedades solicitan el certificado de eficiencia energética, documento imprescindible para acceder a las ayudas públicas, para proporcionar información a los propietarios sobre las carencias detectadas en el inmueble a rehabilitar, identificando cuáles son las acciones a ejecutar y las barreras u obstáculos a solventar. Así, y a modo de ejemplo, se puede mejorar la envolvente térmica (sustitución de ventanas, reparación de fachadas, cubiertas), proponer instalaciones de refrigeración, calefacción e iluminación eficientes y fomentar el uso de equipos que permitan la utilización de fuentes renovables.

Todo ello precisa un control exhaustivo de las actividades a realizar y de la ejecución de las mismas, llevando ese control económico y técnico las cooperativas de viviendas como si de un gestor técnico, económico y financiero se tratara.

Por tanto, estas asociaciones se convierten en un interlocutor único entre los propietarios, la administración actuante, y las empresas que pudieran realizar las tareas de rehabilitación energética en edificios. Eso sí, una vez recabada todas las opiniones, debates y decisiones tomadas por los residentes afectados, de tal forma que con la participación colectiva se pueda obtener consenso. Es necesario señalar que las organizaciones propuestas se rigen por una participación democrática y transparente.

Para llevar a cabo las actuaciones de mejora, la cooperativa de vivienda puede crear una programación de las actividades a realizar. Así, si se plantean casos en que la habitabilidad de alguna vivienda no sea posible, otros vecinos, marcados por un espíritu colaborativo, pueden ofrecer sus viviendas, para evitar que el residente afectado tenga que afrontar el pago de un alquiler.

En este sentido, MERINO y ETXZARRETA (2014, 115) exponen que «como consecuencia de las políticas públicas de apoyo y fomento a la rehabilitación, se han empezado a desarrollar por los socios titulares de las viviendas y/o locales cooperativas para la gestión conjunta de la rehabilitación de estos inmuebles. En el ámbito vasco, es habitual la constitución de sociedades cooperativas por vecinos de inmuebles para acometer determinadas obras bajo fórmula empresarial y no a través de su propiedad horizontal».

Como podemos observar, un elemento clave en la rehabilitación energética de los edificios residenciales es la implicación de los residentes⁵³, pues participan en los cambios y en la mejora de su vivienda o barrio. Diversos estudios ponen de manifiesto, que las iniciativas cooperativas contribuyen a la cohesión urbana en los barrios y son asociaciones con métodos participativos de planificación y acción colectiva⁵⁴.

La utilización de las diversas fórmulas cooperativas favorece la cohesión social, y pueden ser la respuesta a la exclusión social y suponer una mayor implicación de la participación ciudadana en la búsqueda de la mejora en la vida de los barrios. Estas organizaciones se consideran «un instrumento para contribuir al desarrollo económico, social y medioambiental, de forma sostenible y responsable» (PUENTES y VELASCO, 2009, 124).

En España, diferentes proyectos de rehabilitación energética de carácter general han sido llevados a cabo, fundamentalmente promovidos por las administraciones públicas, en el marco de las ayudas concedidas por el plan nacional, con el apoyo de las comunidades autónomas y los ayuntamientos.

No obstante, como ya se ha señalado, la comunidad de propietarios es la que soporta la mayor parte de los costes asociados al proyecto de

eficiencia energética⁵⁵, debiendo, en algunos casos, acudir a la financiación de instituciones financieras.

Con respecto a la captación de fondos, la cooperativa objeto de estudio toma las riendas y el control del proyecto de eficiencia energética, solicitando y tramitando los subsidios públicos, subsanando los problemas detectados en la denegación de dichas ayudas, puesto que para los propietarios es una tarea tediosa, laboriosa y excesivamente burocrática. Además, en muchas ocasiones, los residentes desconocen la información necesaria para poder acceder a tales subsidios. De hecho, y como se ha señalado, son escasas las subvenciones que reciben las comunidades de propietarios para mejorar la eficiencia energética de sus viviendas a pesar del empeño que ponen los poderes públicos, concediendo recursos financieros para este fin.

Al mismo tiempo, estas cooperativas, creadas para solucionar la rehabilitación energética en edificios residenciales, pueden plantear a los propietarios otras vías de financiación alternativas, como son los préstamos verdes o bonos verdes, especialmente diseñados para luchar contra el cambio climático. Dichas asociaciones pueden tramitar y gestionar de una forma ágil y eficiente estos instrumentos financieros donde prima una edificación eficiente energéticamente.

Las hipotecas verdes, o también denominadas hipotecas de eficiencia energética, constituyen préstamos hipotecarios que tienen en cuenta la eficiencia energética de la vivienda para ofrecer beneficios económicos, convirtiéndose en un producto clave para cumplir los objetivos de reducción de emisión de CO₂. Por tanto, en estas hipotecas «la calificación energética del inmueble y el tipo de interés van relacionados tanto en la compra de vivienda, como en la ejecución de reformas. El sentido es que, mientras menos contaminante sea el inmueble, menor será la tasa de interés hipotecario» (SOUTO y otros, 2019, 6).

La utilización de estas hipotecas incentiva la participación del capital privado en inversiones relativas a la eficiencia energética en edificios de tal forma que, en opinión de SOUTO y otros (2019, 20):

- «Mejorando la eficiencia energética de una propiedad, hay un impacto positivo en el valor de esta, reduciendo el riesgo del producto bancario.
- Los consumidores de estos productos tienen menos probabilidades de impago de la hipoteca, dado que su gasto en energía es menor, reduciendo el riesgo del banco⁵⁶ y de los compradores de las titulaciones».

De hecho, en la rehabilitación energética de edificios es imprescindible «incorporar nuevos valores (como el medio ambiente y la conciencia

social) en la industria de la construcción (ej. a través de promotoras de lucro limitado o cooperativas), en busca de promotores, constructores y financiadores sostenibles y verdes, incentivando las denominadas hipotecas verdes» (NASARRE y SIMÓN 2020, 1088).

Los bonos verdes son títulos de deuda de renta fija emitidos por entes públicos, entidades financieras y no financieras de carácter privado, que se comprometen a pagar una tasa fija y, en el vencimiento, entregar la inversión inicial (Banco Mundial, 2015). Así, el principal objetivo de estos bonos es financiar proyectos sostenibles⁵⁷.

En distintas partes del mundo, se ponen de manifiesto diversas experiencias de rehabilitación urbana mediante el uso de la figura cooperativa, que se analizan en el trabajo de ROSA, MÁRQUEZ, GARCÍA y GARCÍA (2016), planteando a las cooperativas colaborativas o vecinales como un agente principal en la rehabilitación urbana de los barrios. Si bien, aunque no es una fórmula muy extendida, presenta unas ventajas claras al constituir «una plataforma que recupera los valores de la solidaridad vecinal, el respeto al medio ambiente y la construcción de entornos saludables y accesibles».

En el contexto europeo, podemos encontrar diversas legislaciones que posibilitan la rehabilitación urbana bajo el régimen cooperativo. En este sentido, LAMBEA (2015) se refiere a países como Francia donde, con arreglo a Ley núm. 47-1775 de fecha 10 de septiembre de 1947 modificada por la Ley núm. 92-643 de 13 de julio de 1992, es posible impulsar a las cooperativas para ejecutar proyectos de rehabilitación. También en Portugal, se promueve los proyectos de rehabilitación bajo la fórmula cooperativa de construcción, en aplicación del artículo 2 del Decreto-Lei núm. 502/99 de 19 de noviembre⁵⁸.

Por su parte, PILOT (2014) destaca las exitosas y numerosas experiencias de rehabilitación de viviendas en Italia, llevadas a cabo por sociedades cooperativas, especialmente en lo relativo a la mejora de la eficiencia energética de los edificios, mejoras en el aislamiento térmico y modernización de instalaciones eléctricas, calefacción y refrigeración. Italia presenta un parque inmobiliario ineficiente energéticamente (el 76% de las viviendas fueron construidas antes de 1976 y el 50% de los edificios entre los años 50 y 70). Por tanto, muchas de las edificaciones no cuentan con ningún elemento de eficiencia energética.

Para solventar este problema, el gobierno italiano apoya las actividades de rehabilitación de edificios y de mejora de la eficiencia energética, estableciendo unas significativas deducciones en el impuesto sobre la renta personal de los gastos realizados. De hecho, no financia directamente a las empresas que ejecutan los proyectos de mejora energética, ofreciendo la financiación exclusivamente a los ciudadanos de forma individual. De tal forma que, los residentes pueden deducir, durante diez años, aproximadamente, el 50% de los gastos efectuados.

En opinión de PILOT (2014), muchas de las cooperativas de viviendas italianas se han orientado a proyectos que abarcan la mejora de la eficiencia energética puesto que deben resolver, entre otras cuestiones, problemas de tipo financiero, económico, burocrático, o de alojamiento temporal. En definitiva, resolver dificultades de tipo social, económico y ambiental.

A nivel nacional, la Plataforma de Vivienda Cooperativa (2014) señala que las cooperativas son la mejor solución para realizar la rehabilitación, destacando experiencias de rehabilitación de edificios en Madrid y en Barcelona bajo el régimen de cooperativas y cómo las asociaciones muestran confianza en que las cooperativas pueden hacer realidad los proyectos de rehabilitación energética.

También las asociaciones de cooperativas están jugando un papel fundamental en esta actividad, apostando firmemente tales proyectos. La Confederación de cooperativas de viviendas de España (CONCOVI) es la única organización de ámbito estatal que agrupa a las cooperativas de viviendas a través de sus federaciones, uniones territoriales o individualmente, por lo que puede afirmarse que es la organización encargada de representar al sector de las cooperativas de viviendas.

Este organismo en la actualidad está dedicando especial atención a la rehabilitación, y se han firmado diversos convenios de colaboración con las comunidades autónomas de Madrid⁵⁹, Andalucía, Valencia y Castilla-León, Cataluña y Galicia; y acuerdos con los ayuntamientos correspondientes, precisamente para colaborar desde la fórmula cooperativa en los procesos de rehabilitación energética.

De hecho, las cooperativas de viviendas se comprometen a promover la eficiencia energética como única opción viable para el impulso de la rehabilitación integral de edificios y barrios, puesto que los ciudadanos son un elemento clave en la transición energética y es una forma de impulsar la participación ciudadana en la lucha contra el cambio climático (CONCOVI, 2019). En opinión de LAMBEA, GRAU y PASTOR (2020, 3) las cooperativas «se caracterizan por ser uno de los agentes más cualificados para el desarrollo de la actividad de rehabilitación de viviendas, como la realidad está demostrando».

Desde nuestro punto de vista, la fórmula cooperativa genera confianza e idoneidad para convertir al parque inmobiliario español en sostenible y eficiente energéticamente. De hecho, en los procesos de rehabilitación energética el elemento social, la acción colectiva y la toma de decisiones en común adquiere un papel muy significativo. De ahí que la cooperativa de vivienda pueda liderar proyectos de eficiencia energética en edificios residenciales donde el diálogo con los propietarios afectados por la rehabilitación es crucial.

Por tanto, es fundamental esta fórmula asociativa, como ocurre en otras partes del mundo, poniendo valor social en el campo local. Además, son

organizaciones que han demostrado con éxito su participación en el sector constructor y existen diversas iniciativas europeas que están avalando su buen hacer en la rehabilitación energética en edificios residenciales, anteponiendo el valor social al capital.

A nuestro juicio, las cooperativas planteadas son unos agentes económicos muy cualificados que pueden dar respuesta al reto de la eficiencia energética en edificios residenciales en nuestro país, mejorando la calidad de vida de sus residentes. Estas organizaciones pueden gestionar de una forma eficiente y eficaz, entre otras cuestiones, la petición de las ayudas públicas, la tramitación de hipotecas verdes o bonos verdes, la solicitud del certificado de eficiencia energética que es imprescindible para poder acceder a la financiación pública, el análisis de las carencias detectadas en los edificios a rehabilitar, la contratación de las empresas de los servicios energéticos. Además, estas cooperativas fomentan debates que puedan generar conflictos entre los residentes y promueven la toma de decisiones de una forma más acertada bajo el consenso. Por tanto, se convierten en un gestor eficiente desde el punto de vista económico, financiero y técnico.

En definitiva, las cooperativas propuestas se configuran como una herramienta útil que anima a los residentes a involucrarse de una forma transparente y democrática, impulsando y facilitando los procesos de rehabilitación energética en edificios residenciales, imprescindibles en nuestro país. En resumen, ayudan a los ciudadanos a solventar un problema de importante calado social, económico y medioambiental.

VI. CONCLUSIONES

I. El cambio climático, en la actualidad, se configura como uno de los desafíos más importantes a nivel mundial, y la eficiencia energética en el parque inmobiliario residencial destaca como uno de las mayores preocupaciones puesto que los edificios representan aproximadamente el 40% del consumo mundial de energía y generan en torno al 30% de emisiones de gases de efecto invernadero. Se presenta, por tanto, un reto al que la UE está dando respuesta dictando normativa que apuesta decididamente por mejorar el ahorro energético en pro de frenar el cambio climático. En consecuencia, los Estados miembros deben adaptar el parque edificatorio existente a las exigencias impuestas por la legislación europea.

II. La eficiencia energética en los edificios repercute, indudablemente, en la calidad de vida de los ciudadanos y en el bienestar social de los mismos. Por tanto, al considerar el parque inmobiliario residencial español, construido hace décadas, sin criterios de eficiencia energética y claros síntomas de ineficiencia en su habitabilidad, la rehabilitación de edificios,

en materia de ahorro energético, se convierte, en la actualidad, en una necesidad inexcusable.

III. En línea con las directrices europeas orientadas hacia el desarrollo urbano sostenible se ha producido, en nuestro país, un cambio legislativo y económico. El legislador español ha apostado, a través de la normativa urbanística, por un cambio en el modelo en la planificación urbana, abandonando el crecimiento urbanístico exponencial de la ciudad y focalizando el urbanismo en la ciudad ya consolidada. Además, ha formulado un marco regulatorio específico para el sector de la edificación donde documentos como el certificado de eficiencia energética o el documento básico de ahorro de energía toman relevancia. En el ámbito económico, los poderes públicos han formulado planes y programas de actuación que proporcionan apoyo financiero, concediendo subvenciones para llevar a cabo proyectos de eficiencia energética, si bien podemos constatar que los procesos ejecutados no aprovechan la financiación pública puesto que más de la mitad de los proyectos ejecutados son financiados por las comunidades de propietarios, siendo muy baja, en torno, al 7% los proyectos sufragados con ayudas públicas.

IV. Distintos agentes económicos son los llamados a ejecutar los proyectos eficiencia energética, otorgándoles la normativa urbanística plena capacidad jurídica y siendo considerados por los poderes públicos como beneficiarios de los programas de subvenciones, destacando, entre otros, a la comunidad de propietarios y a las sociedades cooperativas. En nuestra opinión, la gestión eficiente de los proyectos de eficiencia energética podría superar a la comunidad de propietarios, puesto que cuestiones como: petición del certificado de eficiencia energética, requerir ayudas públicas para sufragar gastos, contratación de empresas de servicios energéticos, controlar el trabajo realizado, etc., podría exceder a un colectivo que en muchas ocasiones está configurado por personas de avanzada edad o con escasos recursos económicos que en la mayoría de los casos habitan en barrios marginados o áreas urbanas vulnerables.

V. Las cooperativas de viviendas en las que prima la persona frente al capital y donde el valor social es fundamental, puede constituirse como la figura asociativa que ejecute los proyectos de rehabilitación energética en edificios tal y como realizan cooperativas de viviendas en el entorno europeo con exitosas experiencias en la materia objeto de estudio.

VI. Las cooperativas españolas tradicionalmente han desarrollado su actividad en el sector de la construcción, suministrando vivienda nueva en propiedad a sus cooperativistas, por lo que han demostrado su eficacia y experiencia en el sector. Estas asociaciones pueden ocuparse de cuestiones de carácter burocrático, administrativo, económico, técnico, asumiendo el control y la gestión, de forma eficiente, de los proyectos de eficiencia energética.

Los residentes del inmueble pueden tener un mayor control y una mayor seguridad a la hora de acometer la rehabilitación energética de su edificio; pueden compartir conocimientos e información, tienen mayores oportunidades de financiación pública. De hecho, se han firmado convenios, recientemente, entre cooperativas y organismos públicos, que constatan un 90% de efectividad en los trámites de los expedientes tramitados y han obtenido financiación pública, en torno a tres millones de euros, para financiar proyectos de rehabilitación. En definitiva, en este trabajo, se presenta un reto y debemos aunar esfuerzos, poderes públicos, ciudadanos, empresas cooperativas, para que la rehabilitación energética en edificios, en nuestro país, sea una realidad y podamos contribuir a la cohesión social, económica y territorial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. REFERENCIAS NORMATIVAS

- Constitución española de 1978.
- Decreto-Lei núm. 502/99 de 19 de noviembre.
- Decreto 22/2013, de 26 de julio, por el que se regula el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios en La Rioja.
- Decreto 29/2014, de 8 de mayo, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios de Castilla-La Mancha.
- Directiva 93/76/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, relativa a la limitación de las emisiones de dióxido de carbono mediante la mejora de la eficacia energética.
- Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativa a la eficiencia energética de los edificios.
- Directiva 2006/32/UE, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE.
- Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios.
- Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada.
- Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se modifican las Directivas 2009/125/

CE y la Directiva 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y la Directiva 2006/32.

- Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE.
- Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.
- Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética.
- Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.
- Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen fiscal de las cooperativas.
- Ley 27/1999, de 27 de julio, de Cooperativas.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
- Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.
- Ley 4/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.
- Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.
- Orden Foral 199/2013, de 30 de mayo, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, por la que se modifica el Registro de certificados de eficiencia energética de edificios.
- Orden de 14 de junio de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se crea el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios de la Comunidad de Madrid (BOCM n.º146, de 21 de junio).
- Orden EIE/418/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan los procedimientos de inscripción en el Registro de Certificación de Eficiencia Energética de Edificios de la comunidad autónoma de Aragón.
- Real Decreto 2429/1979, de 6 de julio, por el que se aprueba la norma básica de edificación NBE-CT-79, sobre condiciones térmicas en los edificios.
- Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo.
- Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Documento Básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación, para el ejercicio de su actividad.
- Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que aprueba el procedimiento básico para la certificación energética de edificios.
- Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.
- 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.
- Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda, 2018-2021.
- Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.
- Reglamento (CE) núm. 1980/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica
- Reglamento Delegado 244/12 (UE) de la Comisión, de 16 de enero de 2012.
- Reglamento delegado (UE) 2015/2402 de la Comisión de 12 de octubre de 2015 por el que se revisan los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2011/877/UE de la comisión.

- Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE.
- Resolución de 28 de abril de 2015, del Instituto para la Diversificación y el Ahorro de la Energía, por la que se publica la Resolución de 24 de marzo de 2015, del Consejo de Administración, por la que se modifican las bases reguladoras y convocatoria del programa de ayudas para la rehabilitación energética de edificios existentes del sector residencial (uso vivienda y hotelero).
- Resolución de 21 de enero de 2016, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se actualizan los modelos de impresos correspondientes a la presentación de certificados de eficiencia energética de edificios de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2014 — Comisión Europea/Reino de España (Asunto C-67/12) (Incumplimiento de Estado — Directiva 2002/91/CE — Eficiencia energética de los edificios — Artículos 3, 7 y 8 — Transposición incompleta) (2014/C 85/03) (Comisión Europea Tribunal de Justicia de la UE).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017 (Rec 5493/2013) anula algunos preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación.
- Tratado de Lisboa, 2007.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO MUNDIAL (2015). Los bonos verdes están cambiando las expectativas de los inversionistas y facilitando las inversiones sostenibles [En línea], <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2015/01/22/green-bonds-changing-investor-expectations-three-trends>
- BANCO MUNDIAL (2018). Informe RISE sobre las políticas de energía sostenible.
- BIANCHI, M. (2016). How communities can regenerate urban contexts. The case study of Hackney Co-operative Development. *Euricse Working Papers*, núm. 87/16, 1-31.
- BLOKLAND, T. (2003). *Urban bonds: social relationships in an inner city neighbourhood*. Cambridge: Polity Press.
- CAMERON, S., GILROY, R. y MICIUKIEWICZ, K. (2009). *Housing, Neighbourhood and Health: Research Review Social Polis Survey Paper*, EF3. Newcastle University, School of Architecture. Planning and Landscape.

- CAPELLÁN PÉREZ, I., CAMPOS CELADOR, A. y TERES ZUBIAGA, J. (2018). Renewable Energy Cooperatives as an instrument towards the energy transition in Spain. *Energy Policy*, núm. 123, 215-229.
- CLIMATE BONDS INITIATIVE (2018). Bonos y cambio climático, Estado del Mercado 2018. [En línea], https://www.climatebonds.net/files/files/cbi_sotm_2018_spanish.pdf
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2004). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las cooperativas en Europa*.
- CONCOVI (2019). La comunidad de Madrid y CONCOVI firman un convenio de colaboración. Periódico Digital CONCOVI, núm. junio, 8-9. [En línea], <https://concovi.org/wp-content/uploads/2019/06/periodico-concovi-2019.pdf>
- CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA SOCIAL (2019). [En línea], <https://www.cepes.es/social/estadisticas>
- CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO, París, (2015). [En línea], <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/30/>
- ETXEZARRETA, A. y MERINO, S. (2014). Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 113, 92-119.
- ETXEZARRETA, A., CANO, G. y MERINO, S. (2018). Las cooperativas de viviendas de cesión de uso: experiencias emergentes en España. *CIRIEC. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 92, 61-86.
- EUROPEAN COMMISSION (2016). Factsheets Country EU Buildings. [En línea], <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/energy-perfor>.
- (2018a). Climate neutral Europe by 2050. [En línea], https://ec.europa.eu/clima/news/commission-calls-climate-neutral-europe-2050_en.
- (2018b). Marco sobre el clima y energía para 2030. [En línea], https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_es.
- EUROSTAT (2019). Producción e importación de energía. [En línea], <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?titl>.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2014). *Las cooperativas de vivienda en la Comunidad Valenciana. Constitución y funcionamiento*, Valencia: CIRIEC España.
- FEDERACIÓN DE COOPERATIVAS DE VIVIENDAS Y REHABILITACIÓN (2020). Comunidad de Madrid, 2020. www.fcvcam.org
- FORREST, R. y KEARNS, A. (2001). Social cohesion, social capital and the neighbourhood. *Urban Studies*, núm. 38, 2125-2144.
- GIFREU FONT, J. (2019). La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los horizontes 2020-2030. Las redes District Heating and Cooling. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 10, 1-55.
- GÓMEZ APARICIO, P. (2004). Las sociedades cooperativas de vivienda. Especial referencia al País Vasco. *Cuadernos de gestión*, núm. 2, 63-74.
- GÓMEZ MANRESA, M.F. (2010). Sostenibilidad urbana y cooperativismo. En Alfonso Sánchez, R. (dir.) *Economía Social y Economía Sostenible*. Pamplona: Aranzadi, (453-479).

- GONDRA ELGUEZABAL, G. y BILBAO ZORROZUA, A. (2019). Alcance del régimen de responsabilidad de los socios en las cooperativas de viviendas en Euskadi. *Revista Vasca de Economía Social*, núm. 16, 149-166.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. (2017). Marco jurídico y actuaciones administrativas sobre la eficiencia energética de los edificios. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 316, 141-177.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. y GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A. (2015). Sostenibilidad y responsabilidad en la edificación. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 301, 151-179.
- GONZÁLEZ TAUSZ, R. (2000). El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 1691-2726.
- GRAU RUIZ, M.A. (2017). La oportunidad del estímulo fiscal a la eficiencia energética en la rehabilitación de inmuebles para lograr la sostenibilidad de la vivienda. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 31, 1-28.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (2016). Función social de las cooperativas de viviendas. *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 161, 22-25.
- INSTITUTO PARA LA DIVERSIFICACIÓN Y AHORRO DE ENERGÍA (2015). Memorial Annual. [En línea], https://www.idae.es/sites/default/files/documentos/publicaciones_idae/idae_memoria_anual_2015.pdf
- (2017). Estrategia de Ahorro a la Eficiencia Energética 2004-2012. [En línea], https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_Estrategia_de_Ahorro_y_Eficiencia_Energetica_en_Espana_2004_2012_Plan_de_Accion_2008_2012_b7b7f346.pdf
- KENNETT, P. y FORREST, R. (2006). The neighbourhood in a European context. *Urban Studies*, núm. 43, 713-718.
- LAMBIA RUEDA, A. (2012). *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación al socio cooperativo*. Tercera edición. Granada: Comares.
- (2014). Vivienda y rehabilitación. Impulso desde el cooperativismo. *VIII Jornada sobre Vivienda Cooperativa*.
- (2015). Rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Experiencias novedosas en cooperativas de viviendas: rehabilitación y mediación. *CIRIEC España, Revista Jurídica*, núm. 26, 121-156.
- LAMBIA RUEDA, A., GRAU RUIZ, M., PASTOR ALBALADEJO, G. (2020). La sostenibilidad de la vivienda: razones para incentivar su desarrollo en España. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 133, 1-18.
- LANG R. y NOVY, A. (2014). Cooperative housing and social cohesion: The role of linking social capital. *European Planning Studies*, núm. 8, 1744-1764.
- LOPEZ MESA, B. (2018) (Coord.). *Nuevos enfoques en la rehabilitación energética de la vivienda hacia la convergencia europea*. Zaragoza: Edit. Universidad de Zaragoza.
- MARCO EUROPEO DE REFERENCIA PARA LA CIUDAD SOSTENIBLE (2008). European Reference Framework for sustainable Cities: RFSC. [En línea], <https://www.mitma.gob.es/areas-de-actividad/arquitectura-vivienda-y-suelo/urbanismo-y-politica-de-suelo/urbanismo-y-sostenibilidad-urbana/marco-europeo-de-referencia-para-la-ciudad-sostenible-rfsc>

- MARTÍNEZ VARGAS, J., CARMONA IBAÑEZ, P. y POZUELO CAMPILLO, J. (2015) La presión fiscal en las cooperativas: una valoración por tamaños, comunidades y sectores para el periodo 2008-2011. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 119, 132-158.
- MEADOWS, D.; MEADOWNS, L.; RANDERS, J. y BEHRENS, W. (1972). *The limits to growth*. New York: Universe Books.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2016). Rehabilitación urbana y mejora de la eficiencia energética de los edificios, *VIII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio*. Fuerteventura, 1156-1182.
- MERINO HERNÁNDEZ, S. (2013). La cooperativa de viviendas como administradora de bienes comunes. *Revista Vasca de Economía Social*, núm, 9, 101-110.
- MINISTERIO DE FOMENTO Y VIVIENDA (2013). Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda PITVI (2012-2024).
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO (2014). Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2014-2020.
- MINISTERIO DE FOMENTO (2016) Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible (Habitat III), octubre, Quito (Ecuador).
- MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL (2017). Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2017-2020.
- MINISTERIO DE FOMENTO (2017). *Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín Especial de Rehabilitación*.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA. (2020). Código Técnico de la Edificación,
- MOLPECERES, G. (2018). Introducción. En López Mesa, B. (Coord.), *Nuevos enfoques en la rehabilitación energética de la vivienda hacia la convergencia europea*. (7-9). Zaragoza: Edit. Universidad de Zaragoza.
- MORCILLO ÁLVAREZ, D., ARJONA MARTÍN, C. y MARTÍN ACOSTA, N. (2016). Recuperando la periferia: la rehabilitación energética de Ciudad de los Ángeles en Madrid. *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm.187, 57-76.
- MORÓN BÉCQUER, P. (1994). Las cooperativas de viviendas según su origen. Consideraciones generales. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 60, 145-156.
- MOYA GONZÁLEZ, L. (2014). Reflexiones sobre aspectos físicos de la Ley 8/2013 de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 179, 75-79.
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2020). Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1065-1100.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1987). Asamblea General, *Informe Brudtland*.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2019). Cumbre Mundial del Clima.
- PAREJO ALFONSO, L. (2014) Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2313-2331.
- PARLAMENTO EUROPEO (2006). Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano. [En línea], <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0233+0+DOC+XML+V0//ES>

- PÉREZ GURREA, R. (2010). La duración de los arrendamientos urbanos, su prórroga y el nuevo desahucio «express» en la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 86, 795-804.
- PILOT, L. (2014). Experiencia italiana de rehabilitación de viviendas cooperativas. *Jornadas sobre Cooperativismo de Vivienda*, Universidad de Valencia.
- PLATAFORMA VIVIENDA COOPERATIVA (2014). El cooperativismo de viviendas se constituye como la mejor solución al problema de la vivienda y de la rehabilitación residencial en España. *Jornadas sobre Cooperativismo de Vivienda*, Universidad de Valencia.
- PROTOCOLO DE KIOTO DE LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (1997). [En línea], <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- PUENTES POYATOS, R. y VELASCO GÁMEZ, M. (2009). Importancia de las sociedades cooperativas como medio para contribuir al desarrollo económico, social y medioambiental, de forma sostenible y responsable. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 99, 104-129.
- ROMERO CIVERA, A. y MARI VIDAL, S. (2015) Algunos aspectos críticos en la aplicación del impuesto de sociedades a las cooperativas según el régimen fiscal de cooperativas. La necesidad de su reforma. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 118, 7-30.
- ROSA JIMÉNEZ, C.J., MÁRQUEZ BALLESTEROS, M.J., GARCÍA MORENO, A.E., GARCÍA LÓPEZ, M.R. (2016). Cooperativas vecinales. Una aproximación a la gestión colaborativa en rehabilitación y conservación de barriadas. *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal*, núm. 3, vol. 1, 7-21.
- RUA, M., HUEDO, P., BRAULIO, M. y LOPEZ, B. (2018). Los objetivos europeos y españoles en materia de rehabilitación energética. En López Mesa, B. (Coord.), *Nuevos enfoques en la rehabilitación energética de la vivienda hacia la convergencia europea*. (9-25). Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- RUBIO DEL VAL, J. (2011). Rehabilitación urbana en España (1989-2010). Barreras actuales y sugerencias para su eliminación. *Informes de la construcción*, núm. 63, 5-20.
- (2014). Nuevas iniciativas locales sobre rehabilitación urbana en el marco de la nueva Ley 8/2013: una nueva lectura de la ciudad construida. Hacia nuevos modelos de gestión. *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 179, 109-125.
- (2015). The potencial of the new legal framework to promote urban renewal and regeneration at the regional and local levels. *Informes de la Construcción*, núm. 6, 4-19.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2011). Las cooperativas de viviendas como forma de acceso a la vivienda: ventajas e inconvenientes. *Land International Journal of Land Law & Agricultural Science*, núm. 5, 2-11.
- SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España? *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 134, 1-17.
- SOMERVILLE, P. (2007). Co-operative identity. *Journal of Cooperative Studies*, núm. 40(1), 5-17.

- SOUTO, R., MORALES, P., ESPINOZA, R., VARGAS, P. y MARMOLEJO, C. (2019). Instrumentos de financiación para la edificación eficiente: análisis de bonos e hipotecas verdes. *XIII CTV Congreso Internacional de Ciudad y Territorio Virtual*, 1-31. Barcelona.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME SUSTAINABLE BUILDINGS AND CLIMATE (2017). Promoting policies and practices for the built environment. <https://energies2050.org/sustainable-buildings-and-climate-initiative-unep-sbci/?lang=en>.
- VILLEA POZO, M. (2018). Una valoración de la bonificación del IBI por la instalación de sistemas de energía solar en la vivienda. *Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 9, 9-12.

NOTAS

¹ Más de 25 millones de viviendas están construidas en España sin criterios de eficiencia energética.

² La Comisión Europea ha decidido enviar dictámenes motivados a España solicitándole la correcta transposición de las normas de la UE en materia de eficiencia energética (la Directiva sobre eficiencia energética, Directiva 2012/27/UE) a la legislación nacional, con el fin de garantizar la consecución del objetivo de eficiencia energética de la UE para 2020. (Comisión Europea. Decisiones de Infracción, julio, 2019).

³ Para más información véase CAMERON, S., GÍLROY, R. y MICIUKIEWICZ, K. (2009). Housing, Neighbourhood and Health: *Research Review Social Polis Survey Paper*, EF3. Newcastle University, School of Architecture, Planning and Landscape; KENNETT, P. y FORREST, R. (2006). The neighbourhood in a European context. *Urban Studies*, núm. 43, 713-718; BLOKLAND, T. (2003). *Urban bonds: social relationships in an inner city neighbourhood*. Cambridge: Polity Press; y FORREST, R. y KEARNS, A. (2001). Social cohesion, social capital and the neighbourhood. *Urban Studies*, núm. 38, 2125-2144.

⁴ Véase LANG R. y NOVY, A. (2014). Cooperative housing and social cohesion: The role of linking social capital. *European Planning Studies*, núm. 8, 1744-1764.

⁵ Destacando un mayor consumo de energía en los edificios derivado básicamente de las instalaciones propias de la calefacción, ventilación, climatización, iluminación interior, así como todos aquellos relacionados con el uso de electrodomésticos en las viviendas.

⁶ Los valores de renovación del parque residencial en nuestro país son todavía bajos con respecto a los de otros países de la UE: en España en 2014 se renovaban en profundidad aproximadamente el 0,8% de los edificios residenciales cada año, frente al 1,82% de Austria, 1,75% de Francia o 1,49% de Alemania. (European Commission. Factsheets Country EU Buildings, 2016).

⁷ Las legislaciones urbanísticas dictadas en España que promovieron el crecimiento urbanístico y que en cierta medida impulsaron el boom inmobiliario fueron el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. De hecho, la liberalización de suelo que provocó la Ley de Suelo de 1998, y el desenfreno urbanístico ha propiciado que «España posea actualmente, si no se reactiva la demanda, suelo capaz de acoger nuevos crecimientos urbanísticos para los próximos cuarenta y cinco años» (exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo).

⁸ Para más información puede verse MENÉNDEZ REXACH, A. (2016) Rehabilitación urbana y mejora de la eficiencia energética de los edificios, *VIII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio*. Fuerteventura, 1156-1182 y RUBIO DEL VAL, J. (2011). Rehabilitación urbana en España (1989-2010). Barreras actuales y sugerencias para su eliminación. *Informes de la construcción*, núm. 63, 5-20.

⁹ Los aprovechamientos urbanísticos representan el uso que se le otorga a un terreno pudiendo ser: residencial, terciario o dotacional.

¹⁰ España dispone de 600 viviendas por cada 1000 habitantes frente a las 450 viviendas de media del resto de países miembros de la UE (GONZÁLEZ, 2017).

¹¹ En esta línea se manifiesta la Constitución española (1978), en su artículo 47, cuando expone «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».

¹² Prácticamente el 58% de los edificios se construyeron con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 2429/1979, de 6 de julio, por el que se aprueba la norma básica de edificación NBE-CT-79, sobre condiciones térmicas en los edificios, actualmente derogada.

¹³ Donde se crearon comisiones y redactaron informes a nivel mundial como: la constitución del Club de Roma en 1968; la redacción del Informe «Los Límites del crecimiento en 1972» (MEADOWS *et. al.* 1972); la primera reunión mundial sobre medio ambiente en Estocolmo en 1973, el informe Bruntland en 1987 (ONU, 1987); la Cumbre de Río en la que se adoptó la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992, etc.

¹⁴ Dicha conferencia está en el marco de las Conferencias de las Partes que se comenzaron a celebrar en 1995, anualmente, donde los países participantes buscaban acuerdos a nivel internacional.

¹⁵ El Acuerdo de París no es vinculante y se basa en una serie de compromisos que cada Estado firmante se marca, de forma voluntaria, para reducir las emisiones de gases contaminantes, sin que en ningún momento implique posibles sanciones. Actualmente, todos los gobiernos del planeta han ratificado el Acuerdo de París en pro de frenar el cambio climático, excepto Estados Unidos.

¹⁶ Así, se establece en el artículo 176 del Tratado de Lisboa de 2007 por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la Comunidad europea (2007/C 306/01) que «1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:

- a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;
- b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión;
- c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y
- d) fomentar la interconexión de las redes energéticas.

2. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1».

¹⁷ Al ser necesario continuar con las reformas que permitan incrementar la eficiencia energética de los edificios en España se añade esta preocupación en Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. Para más información véase PÉREZ GURREA, R. (2010). La duración de los arrendamientos urbanos, su prórroga y el nuevo desahucio «express» en la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal

del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 86, 795-804.

¹⁸ Cabe mencionar distintas directivas europeas que fomentan la eficiencia y ahorro energético, como son: la Directiva 2006/32/UE, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE del Consejo; la Directiva 2010/30/UE del parlamento europeo y del consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada; Directiva (UE) 2018/2001 del parlamento europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; la Directiva (UE) 2018/2002 del parlamento europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética; Reglamento (UE) 2017/1369 del parlamento europeo y del consejo de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE; Reglamento delegado (UE) 2015/2402 de la comisión de 12 de octubre de 2015 por el que se revisan los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2011/877/UE de la comisión.

¹⁹ Condena a costas a España por haber «incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3, 7 y 8 de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios, al no haber adoptado, dentro del plazo fijado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esos artículos».

²⁰ Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

²¹ Concretamente el artículo 3 del TRLS 7/2015 dispone que «los poderes públicos formularán y desarrollarán en el medio urbano las políticas de su respectiva competencia de acuerdo con los principios de sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, para:

a) Posibilitar el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión.

b) Favorecer y fomentar la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.

c) Mejorar la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentar unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.

d) Favorecer, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, especialmente aquellas que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías, mejorando los tejidos productivos, por medio de una gestión inteligente.

e) Garantizar el acceso universal de los ciudadanos a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios, así como su movilidad.

f) Integrar en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.

g) Fomentar la protección de la atmósfera y el uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero.

dero del sector de la construcción, así como de materiales reutilizados y reciclados que contribuyan a mejorar la eficiencia en el uso de los recursos.

h) Priorizar las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatir la pobreza energética con medidas a favor de la eficiencia y el ahorro energético.

i) Valorar, en su caso, la perspectiva turística y permitir y mejorar el uso turístico responsable.

j) Favorecer la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural.

k) Contribuir a un uso racional del agua, fomentando una cultura de eficiencia en el uso de los recursos hídricos, basada en el ahorro y en la reutilización.

²² El artículo 9.4 del TRLS 7/2015 dispone que «en la ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, además de las Administraciones Públicas competentes y las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, podrán participar.

a) las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios,

b) las cooperativas de viviendas,

c) los propietarios de construcciones, edificaciones y fincas urbanas y los titulares de derechos reales o de aprovechamiento,

d) las empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título en dichas operaciones y

e) las asociaciones administrativas que se constituyan de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017 (Rec 5493/2013) anula algunos preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y también su reproducción en el TRLSRU'15. No obstante, y en lo referente a los agentes económicos que participan en la rehabilitación urbana, no es declarado inconstitucional.

²³ Para más información puede verse GONZÁLEZ TAUSZ, R. (2000). El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766, 1.691-2.726.

²⁴ Concretamente, «se adoptarán las estrategias y las medidas necesarias para lograr un objetivo general de reducción de la demanda de energía primaria, sobre el escenario tendencial en ausencia de políticas activas de ahorro y eficiencia energética, coherente con el objetivo establecido para la Unión Europea del 20 por ciento en 2020 y con los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España» (art. 78.2 de la Ley 4/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

²⁵ Entre otros señalamos:

Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación; Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Documento Básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación; Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación, para el ejercicio de su actividad.

²⁶ En los edificios existentes es de aplicación en (art. 1. Sección HE 0. Real Decreto 739/2019 por el que se modifica el Código Técnico de Edificación):

— las ampliaciones en las que se incremente más de un 10% la superficie o el volumen construido de la unidad o unidades de uso sobre las que se intervenga, cuando la superficie útil total ampliada supere los 50 m².

— cambios de uso, cuando la superficie útil total supere los 50 m².

— reformas en las que se renueven de forma conjunta las instalaciones de generación térmica y más del 25% de la superficie total de la envolvente térmica final del edificio.

²⁷ Desde el CTE se establece que es obligatorio aislar los edificios que no cumplan con una serie de mínimos. Así pues, el aislamiento térmico será obligatorio para las reformas o rehabilitaciones que afecten a más del 25% del total de los cerramientos de un edificio con una superficie útil superior a 1000 metros cuadrados.

²⁸ Esta exigencia se desarrolla en el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.

²⁹ El procedimiento básico para la certificación energética de edificios se rige, actualmente, por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que aprueba el procedimiento básico para la certificación energética de edificios. La certificación energética para edificios, total o parcialmente, para contratos de compra-venta o arrendamiento son exigibles a partir del 1 de junio de 2013.

³⁰ El Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (2015) puso de manifiesto que, en 2014, al año de entrar en vigor la certificación energética, las viviendas certificadas eran 1.133.965 de las que prácticamente el 80% de las viviendas certificadas obtienen una calificación E o inferior. La calificación energética de los edificios oscila entre la categoría A (viviendas más eficientes) y la categoría G (viviendas menos eficientes) y muestra el consumo de energía que se estima es necesario para la demanda energética de la vivienda en condiciones normales. La media española se sitúa en la categoría E o inferior lo que refleja viviendas obsoletas, con sistemas de aislamiento ineficientes que repercuten negativamente en el consumo de energía y en el gasto de la facturación eléctrica.

³¹ Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

³² A modo de ejemplo: Orden EIE/418/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan los procedimientos de inscripción en el Registro de Certificación de Eficiencia Energética de Edificios de la comunidad autónoma de Aragón; Decreto 29/2014, de 8 de mayo, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios de Castilla-La Mancha; Orden de 14 de junio de 2013, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se crea el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 146, de 21 de junio) y Resolución de 21 de enero de 2016, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se actualizan los modelos de impresos correspondientes a la presentación de certificados de eficiencia energética de edificios de la Comunidad de Madrid; Decreto 22/2013, de 26 de julio, por el que se regula el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios en La Rioja; Orden Foral 199/2013, de 30 de mayo, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, por la que se modifica el Registro de certificados de eficiencia energética de edificios.

³³ La Directiva 2012/27 UE, en su artículo 19, determina que los Estados miembros deben evaluar y tomar las medidas adecuadas para eliminar las barreras (reglamentarias o no) que se opongan a la eficiencia energética, siendo preciso la actualización de estos planes cada tres años.

³⁴ En el caso que no se exija proyecto es necesario justificar en la memoria su adecuación al Código Técnico de la Edificación.

³⁵ Recientemente, como ya se había indicado, se ha modificado el Documento Básico de Ahorro de Energía por el Real Decreto de 19 de diciembre de 2019, que debe ser considerado en estas actuaciones.

³⁶ Este artículo expone que «no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o por delitos de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos.

b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, salvo que en este haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en la forma que se determine reglamentariamente.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a esta u otras leyes que así lo establezcan.

i) No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones previstas en el artículo 11.3, párrafo segundo cuando concurra alguna de las prohibiciones anteriores en cualquiera de sus miembros.

j) Las prohibiciones de obtener subvenciones afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas».

³⁷ A título de ejemplo: Subvenciones a comunidad de vecinos para la mejora de la envolvente térmica o de eficiencia energética (Navarra); Subvenciones para el fomento de la eficiencia energética y sostenibilidad en edificios y viviendas (Canarias); Programa de ayudas para la realización de la inspección técnica en edificios de Castilla y León; Orden de 20 de marzo de 2019, por la que se establecen las bases reguladoras para la concreción de ayudas al fomento a la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad y fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en vivienda (Comunidad de Madrid).

³⁸ Puede consultarse GRAU RUIZ, M.A. (2017). La oportunidad del estímulo fiscal a la eficiencia energética en la rehabilitación de inmuebles para lograr la sostenibilidad de la vivienda. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 31, 1-28.

³⁹ En aplicación del artículo 74.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, los ayuntamientos tienen la potestad de incluir dicha bonificación del IBI o no. Así, y a modo de ejemplo, para instalaciones de sistemas para el aprovechamiento térmico y eléctrico procedente del sol para autoconsumo, la bonificación del IBI oscila entre el 10% (San Sebastián) y el 50% (Bilbao, Avila, Huesca, entre otros). También en Vitoria se prima con una deducción del 50% en el IBI por la obtención de la certificación ener-

gética en la categoría A y B. Para más información puede consultarse VILLEA POZO, M. (2018). Una valoración de la bonificación del IBI por la instalación de sistemas de energía solar en la vivienda. *Revista de la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 9, 9-12.

⁴⁰ En el periodo comprendido entre 2007 y 2012, la destrucción de empleo en estas empresas fue 7 puntos inferior al resto de sectores (Confederación Empresarial Española de la Economía Social, 2019).

⁴¹ Que se concretan, según el artículo 4 de la LES 5/2011, en:

a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que con relación a sus aportaciones al capital social.

b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.

c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

d) Independencia respecto a los poderes públicos».

⁴² Estos principios son: Afiliación voluntaria y abierta; Control democrático de los miembros; Participación económica de los socios; Autonomía e independencia; Educación, formación e información; Cooperación entre cooperativas e Interés por la comunidad.

⁴³ En ocasiones, las cooperativas de viviendas se han asemejado a una promotora profesional por lo que «determinadas malas prácticas en el sector, junto con algunos sonados casos de quiebra de este tipo de sociedades, han dado mala fama a esta fórmula» GONDRA y BILBAO (2019, 149).

⁴⁴ La cultura de la vivienda en propiedad en España viene motivada por «las políticas de vivienda en las últimas décadas, que han priorizado la vivienda en propiedad para que los ciudadanos acumulen riqueza para sustentar su propio bienestar (asset-based welfare)» (SIMÓN, 2020, 9). En la misma línea se manifiesta Etxezarreta, Cano y Merino (2018, 80) al afirmar que «dentro de las familias españolas la vivienda es el principal activo, su patrimonio más importante y su forma de ahorro para el futuro y para sus descendientes».

⁴⁵ Datos obtenidos de la Federación de Cooperativas de Viviendas y Rehabilitación. Comunidad de Madrid, 2020. www.fcvcam.org.

⁴⁶ Puede verse al respecto MORÓN BÉCQUER, P. (1994). Las cooperativas de viviendas según su origen. Consideraciones generales. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 60, 145-156; GÓMEZ APARICIO, P. (2004). Las sociedades cooperativas de vivienda. Especial referencia al País Vasco. *Cuadernos de gestión*, núm. 2, 63-74 y LAMBEA RUEDA, A. (2012). *Cooperativas de viviendas. Promoción, construcción y adjudicación al socio cooperativo*. Tercera edición. Granada: Comares.

⁴⁷ Para más información puede verse SIMÓN MORENO, H. (2020). Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España? *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 134, 1-17; ETXEZARRETA, A. y MERINO, S. (2014). Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 113, 92-119.

⁴⁸ Para más información puede consultarse MARTÍNEZ VARGAS, J., CARMONA IBÁÑEZ, P. y POZUELO CAMPILLO, J. (2015). La presión fiscal en las cooperativas: una valoración por tamaños, comunidades y sectores para el periodo 2008-2011. RE-

VESCO. *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 119, 132-158; ROMERO CIVERA, A. y MARI VIDAL, S. (2015). Algunos aspectos críticos en la aplicación del impuesto de sociedades a las cooperativas según el régimen fiscal de cooperativas. La necesidad de su reforma. REYESCO. *Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 118, 7-30.

⁴⁹ GUTIÉRREZ (2016) señala que las cooperativas de viviendas cumplen una función social, por lo que deberían recibir un mejor trato fiscal.

⁵⁰ Desde el punto de vista económico «la construcción inmobiliaria mediante esta fórmula presenta indudables ventajas, ya que se reduce el coste de la vivienda incluyendo beneficios fiscales y sirve como instrumento para evitar la especulación inmobiliaria» (SERRA 2011,1).

⁵¹ Los socios responden de las deudas contraídas por la cooperativa hasta el límite de las aportaciones al capital social que hubiesen suscritos, aunque los socios están obligados a sufragar el coste real de sus viviendas. Puede consultarse al respecto GONDRA ELGUEZABAL, G. y BILBAO ZORROZUA, A. (2019). Alcance del régimen de responsabilidad de los socios en las cooperativas de viviendas en Euskadi. *Revista Vasca de Economía Social*, núm. 16, 149-166.

⁵² MERINO (2013, 108) destaca que «en el hecho del mantenimiento de la cooperativa para la gestión de los bienes comunes podemos observar otras ventajas como una más cómoda toma de decisiones en el seno de la sociedad, al regir los principios mayoritarios —y nunca la unanimidad— recogidos en las leyes que regulan las sociedades cooperativas (tan solo se apreciarían y en casos tasados mayorías reforzadas), una adecuada política fiscal al encontrarnos con una empresa en el mercado y no con una comunidad de propietarios».

⁵³ Un ejemplo muy ilustrativo es la rehabilitación urbanística realizada en Ciudad de Los Ángeles, barrio situado en las afueras de Madrid. Como MORCILLO, ARJONA y MARTÍN (2016) puntualizan, en este barrio existe un importante movimiento vecinal, con un significativo apoyo por parte de los residentes en la zona. De hecho, de ellos partió la iniciativa para conseguir involucrar a la Administración pública en el proyecto de rehabilitación del barrio. Este movimiento vecinal juega un papel fundamental, pues permite coordinar las acciones entre la administración pública y los residentes.

⁵⁴ Puede consultarse CAPELLÁN PÉREZ, I. CAMPOS CELADOR, A. TERES ZUBIAGA, J. (2018). Renewable Energy Cooperatives as an instrument towards the energy transition in Spain. *Energy Policy*, núm. 123, 215-229; BIANCHI, M. (2016). How communities can regenerate urban contexts. The case study of Hackney Co-operative Development. *Eurisc Working Papers*, núm. 87/16, 1-31 y SOMERVILLE, P. (2007). Co-operative identity. *Journal of Cooperative Studies*, núm. 40(1), 5-17.

⁵⁵ Un estudio realizado a 1200 comunidades de propietarios españolas pone de manifiesto que «los subsidios públicos para la rehabilitación de los edificios y la mejora de la eficiencia energética son escasos: el 50% de las comunidades no ha solicitado ninguna ayuda pública o subvención; y de los que lo han hecho, solo el 4% lo relaciona con la eficiencia energética» (NASARRE y SIMÓN, 2020, 1071). Las principales causas de este resultado es la falta de información de las subvenciones por parte de la comunidad de propietarios, y también el laborioso trámite que han de realizar los propietarios para solicitarlas.

⁵⁶ Triodos Bank es la única entidad financiera que ofrece este tipo de hipotecas en nuestro país.

⁵⁷ Según el Climate Bonds Initiative (2018) toda la inversión relativa al cambio climático, más del 97% de los bonos verdes etiquetados fue utilizada para financiar proyectos de eficiencia energética en edificios y vivienda construida.

⁵⁸ Este artículo dispone que:

«1. las cooperativas de vivienda y construcción son aquellas cuyo objetivo principal es la promoción, construcción o adquisición de viviendas para los hogares de sus miembros, así como su mantenimiento, reparación o remodelación.

2. También es un objetivo de las cooperativas de vivienda y construcción contribuir a mejorar la calidad de la vivienda de los espacios en los que se integran, promoviendo el tratamiento de las áreas que rodean los proyectos de los que son responsables, incluidas las áreas de ocio, y asegurando el mantenimiento permanente de las buenas condiciones de vida de los edificios.

3. El uso del formulario cooperativo no está exento de la obligación de cumplir con la ley y las reglamentaciones o de obtener la autorización y las licencias requeridas en términos legales y reglamentarios, y las entidades de las que depende la concesión de estas autorizaciones y licencias deben tener teniendo en cuenta la naturaleza especial y la función social de las cooperativas».

⁵⁹ La Consejería de Transportes y Vivienda y CONCOVI han firmado un convenio de colaboración en la Comunidad de Madrid en el marco del Plan Estatal de Vivienda. Este nuevo convenio permitirá a la Federación de Cooperativas de Viviendas de la Comunidad de Madrid (FCVCAM) continuar con sus tareas en el área de rehabilitación de edificios y barrios, siguiendo su línea de actuación en los últimos años, señalando que solo entre 2016 y 2017, CONCOVI ha entregado ayudas por valor de más de 2.800.000 euros a más de 1.400 familias y estando el acuerdo basado en una efectividad del 90% en los trámites de los expedientes tramitados (CONCOVI, 2019).

*Trabajo recibido el 17-2-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

Las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca: fundamento y alcance*

The objective extension clauses of the mortgage: basis and scope

por

MIKEL MARI KARRERA EGIALDE
*Profesor Titular de Universidad
UPV/EHU - Facultad de Derecho
Donostia/San Sebastián*

RESUMEN: El crédito hipotecario se constituye en una figura económica y jurídica que, manifiestamente, ha sido cimiento del progreso económico y social de las últimas décadas. La doctrina legal y la doctrina científica han sido profundas en el análisis de su tratamiento legislativo, aunque centrándose básicamente en el elemento principal del mecanismo, situándose a su sombra la garantía hipotecaria constituida por bienes inmuebles que, desde su constitución hasta la eventual ejecución, continúan en el tráfico económico y social con las alteraciones materiales y jurídicas que su conservación y aprovechamiento pueda generar. Este aspecto dinámico también se

* Trabajo enmarcado en el Proyecto DER2017-86292-P (FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación y Agencia Estatal de la Investigación) dirigido por el Dr. Gorka GALICIA AIZPURUA. Participe del Grupo de Investigación de Sistema Universitario Vasco GIC12 A IT 727-13 y del Grupo de Investigación Consolidado GIU18-194 siendo IP el Dr. Jacinto GIL RODRÍGUEZ.

somete a los criterios legales y, esencialmente, a la convención de las partes mediante cláusulas de extensión objetiva que plantean cuestiones relativas a su fundamento primordial y alcance práctico.

ABSTRACT: Mortgage credit is an economic and legal figure that has undoubtedly been the foundation of the economic and social progress of the last decades. Legal and scientific doctrine have been abundant in the analysis of their legislative treatment, although basically focusing on the principal element of the mechanism. The mortgage guarantee constituted by real estate is the accessory element that, from its constitution until its eventual execution, continues in the economic and social traffic with the material and legal alterations that its conservation and exploitation can generate. This dynamic aspect is governed by legal criteria and, mainly, by the agreement of the parties through clauses of objective extension, which raise issues related to their fundamental foundation and practical scope.

PALABRAS CLAVE: Garantía real. Hipoteca inmobiliaria. Extensión objetiva de la hipoteca. Ejecución hipotecaria. Condiciones generales de la contratación. Cláusula de extensión objetiva.

KEY WORDS: Real guarantee. Property mortgage. Objective extension of the mortgage. Foreclosure. General conditions of the contract. Objective extension clause.

SUMARIO: I. LA TRASCENDENCIA DEL OBJETO HIPOTECADO Y DE SU VALOR.—II. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA: 1. LA POSITIVIZACIÓN DE LA CASUÍSTICA: 1.1. *Los cambios normativos.* 1.2. *La normativa legal vigente.* 1.3. *La doctrina legal.* 1.4. *La doctrina científica.* 2. LA «CONCRECIÓN» DEL OBJETO. 3. LA DINÁMICA EXPANSIVA («EXTENSIÓN») DEL OBJETO: 3.1. *Extensión a las «acciones».* 3.2. *Extensión a las «mejoras».* 3.3. *Exclusión de los nuevos edificios «donde antes no los hubiere».* 4. EL PRINCIPIO REGISTRAL DE ESPECIALIDAD. 5. LOS CRITERIOS DE EXPANSIÓN. 6. EL «DERECHO DE PROPIEDAD» COMO REFERENTE EXTENSIVO.—III. EL PACTO DE EXPANSIÓN: 1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPANSIVA. 2. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA. 3. LOS LÍMITES DE SU EJERCICIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA TRASCENDENCIA DEL OBJETO HIPOTECADO Y DE SU VALOR

Si bien la concepción tradicional de la hipoteca ubica dicha figura jurídica en el ámbito de los derechos reales, posturas doctrinales modernas recalcan que aquella, sin dejar de ser un derecho real, por un lado, se caracteriza por ser de «realización del valor» en cuanto recae sobre una fracción del valor en cambio de la cosa hipotecada; y, por otro lado, aun cuando habitualmente se encuentra unida a una obligación personal, en ocasiones aparece con independencia de la misma, pudiendo incluso existir sin vinculación a relación crediticia alguna¹. De todos modos, el derecho de hipoteca lo que busca en el bien hipotecado es, precisamente, su valor en cambio para «enlazarlo» a la seguridad de un derecho de crédito y, en su caso, «realizarlo» mediante su venta para pagar aquella con el importe obtenido. La cosa hipotecada se destina a la puesta a disposición del acreedor en ese doble aspecto de vínculo a una obligación y facultad de realizar su valor mediante la enajenación; obviamente, para realizar el bien objeto de la hipoteca, el acreedor debe recurrir a los procedimientos legales previstos para tal fin. Precisamente, lo que interesa destacar ahora es que dicho mecanismo de transferencia coactiva del objeto se configura como un elemento congénito de la garantía hipotecaria².

Justamente, esa idea motriz es el «motivo de política legislativa» que se plasma en la primera explicación del régimen de la delimitación del objeto de la hipoteca. Sus elementos conformadores se estructuran sobre la seguridad en el cumplimiento de la prestación debida; y, específicamente, conectando con ese aspecto objetivo, la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 expresaba que «el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la *base de la seguridad* de la hipoteca y del pago de lo ofrecido». Elaborada como ley particularmente agrarista, la importancia práctica de la hipoteca, como garantía de los préstamos centralizados en llevar a cabo «mejoras» en la agricultura, se asentó sobre la base objetiva de la propiedad rústica³. Esta circunstancia justificó que, muchas de sus determinaciones, se estableciesen en coherencia con las características sociales y económicas propias de la época. El devenir posterior encauza el servicio del crédito hipotecario desde el sector agrario a otros sectores productivos, principalmente al fabril y modernamente al urbanístico (promoción y edificación de viviendas). En todos ellos, el crédito hipotecario está llamado a desempeñar su función de palanca del desarrollo, no tanto ya de lo agrario, sino más intensamente de lo industrial y lo urbano. De esta manera, la garantía hipotecaria, en su carácter de instrumento de seguridad y cobertura de una obligación (del derecho de crédito) y que se materializa en la realización del valor de la finca hipotecada mediante su

enajenación forzosa, tiene por objeto cardinal, no ya la propiedad rústica, sino acusadamente la propiedad urbana e industrial que, a su vez, bien se ven sometidas a procesos de urbanización y de rehabilitación, o bien resultan integradas en una «unidad de aprovechamiento urbanístico»⁴.

La primera delimitación de la hipoteca y su alcance viene determinada por el factor de la inscripción registral y su funcionalidad⁵. En este arranque es preciso diferenciar dos fases sucesivas del proceso registral: por un lado, la finca hipotecada que se inscribe con la demarcación oportuna y, por otro, la eventual extensión del objeto garantizador a circunstancias y elementos sobrevenidos. La doctrina oficial (RDGRN de 14 de enero de 2008) nos lo recuerda: «Indudablemente, en nuestro ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 CC)... Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias... Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad de tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico... Siendo el objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, aquel debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito». La trascendencia registral aparece modulada, además, por su carácter inmobiliario, es decir, el Registro de la Propiedad es una institución destinada a publicar derechos sobre bienes inmuebles, y más adecuado a los inmuebles «por naturaleza»; pero no a los bienes que, siendo naturalmente muebles, por su destino se puedan calificar como bienes inmuebles⁶. Por ello, para la inscripción de la hipoteca con el pacto de extensión recogido en el artículo 111.1 LH, es jurisprudencia pacífica que no es necesario para su validez y eficacia que en el mismo se especifiquen los muebles, enseres y utensilios que, a título de accesorios, elementos integrantes o pertenencias, sean propios de la industria a cuya explotación o desarrollo se destinan⁷.

Atendiendo a las premisas presentadas, el marco de la extensión objetiva de la hipoteca diversifica dos ámbitos en los que conviene diferenciar sendas situaciones:

1. Por un lado, hay que atender a la siguiente sucesión lógica: la previa delimitación del objeto (inicial) de la hipoteca, es decir, el objeto hipotecado en el momento de constituirse la hipoteca; y, una vez delimitado, la atención del problema de su extensión objetiva, esto es, a qué mejoras o bienes alcanzará la hipoteca en el momento de su ejecución. El primero constituye el patrimonio

básico o dotación que conforma el conjunto que se grava con hipoteca, y el segundo viene a integrar el fondo de valor de aquel con otros bienes agregados e incorporados a su seno. En definitiva, el régimen de la variación dinámica del inmueble trata de prever y calibrar el alcance futuro de la cosa hipotecada, de modo que no puede aplicarse la normativa sobre extensión objetiva de la hipoteca a las cuestiones relacionadas con la delimitación previa del objeto hipotecado en el momento constitutivo de la garantía⁸. Las manifestaciones jurisprudenciales describen el fenómeno de la extensión en razón de esta evolución dinámica de las circunstancias: «Al extender la hipoteca, además de a las accesiones naturales, a las mejoras que pueda experimentar la finca hipotecada, está dando a entender claramente como en la generalidad de los casos la incorporación a aquella de unas y otras se opera con posterioridad a la constitución del referido derecho real sobre el inmueble objeto de la misma, circunstancia temporal *ex post facto*, esta, que, en principio, no puede excluir de la extensión a los muebles incorporados por accesión natural o mejora» (STS de 14 de marzo de 1986); añade la doctrina legal que, «en realidad para juzgar como actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende, y, como resultado de este examen, se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución» (SSTS de 21 de diciembre de 1990, 28 de febrero de 1991, 15 de diciembre de 1997 y 27 de junio de 2007).

2. Por otro lado, hay que observar tanto la realidad registral como la extrarregistral, es decir, precisar la finca registral y la finca material. La finca es una entidad compleja con incidencias económico-jurídicas, cuyos elementos deben determinarse atendiendo a la transformación material que se vaya desarrollando conforme su titular decida su destino mediante actos de administración y disposición⁹. Si bien la constitución de la hipoteca se relaciona directamente con la finca registral, la previa determinación, en inicio «latente», de los elementos materiales de la finca que quedarán afectos a la hipoteca solo se producirá definitivamente en el momento del embargo y de la ejecución.

Solo desde esas diferenciaciones pueden interpretarse los principios civiles y registrales que se presentan al auxilio del tema que nos atañe: el principio referente al carácter constitutivo del derecho real de hipoteca, el principio de especialidad-determinación, y los principios sobre accesión y, en su caso, enriquecimiento injusto. En definitiva, son las reglas que informan, primero, el objeto material y, luego, la extensión objetiva de la hipoteca. Así, las operaciones civiles y registrales que se encuentran a disposición de los interesados permiten modular y, en su caso, excluir del alcance de la

garantía hipotecaria el objeto real gravado por la hipoteca, a partir del cual puede comenzarse a demarcar su irradiación o alcance extensivo.

La importancia teórica y práctica de determinar los elementos que integran el objeto de la hipoteca, y perfilar el principio básico o núcleo que sintetiza el verdadero significado jurídico de la «extensión» de la hipoteca, ha sido destacada reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina científica. Los criterios de expansión del objeto hipotecado son como una especie de espacio accesorio en la dinámica de la hipoteca que atempera y flexibiliza el principio de especialidad, pero alejada de la idea de la relación con el vínculo de accesoriedad que surge entre el crédito y la hipoteca. Su funcionalidad se acrecienta en el desarrollo práctico de la hipoteca como instrumento fundamental de movilización del crédito que, especialmente, se intensifica desde la viabilidad e impulso de las «hipotecas flotantes» y de «crédito abierto», y de los mecanismos de refinanciación del crédito sin pérdida del rango hipotecario ya obtenido. De hecho, la economía de mercado requiere un régimen de financiación para que todo el sistema funcione fluidamente, esto es, la maquinaria económica actual difícilmente puede mantenerse en funcionamiento sin el adecuado engrase que facilite la movilidad del dinero y la «seguridad» de los intercambios; en ese sentido, la hipoteca y su base objetiva son como el nivel de viscosidad del aceite que «sujeta» y, por su densidad, preserva las operaciones financieras¹⁰. De este modo, la aplicación e interpretación de las reglas de «extensión» o «no extensión» objetiva constituye un ámbito de incertidumbres que explica la significativa masa de litigios sobre la cuestión que vienen planteándose en las instancias judiciales, especialmente desde la irrupción masiva de los procesos de urbanización (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 1999, 228). Todo lo anterior requiere, precisamente, constatar y aclarar los diversos intereses y finalidades que la Ley Hipotecaria pretende defender y alcanzar con el régimen de la extensión objetiva legal y convencional de la hipoteca¹¹.

Para ello conviene recordar que la garantía hipotecaria se ubica, sustancialmente, en el «valor» de la finca; el valor de cambio que alcance el bien hipotecado en la eventual ejecución es lo que hace viable la función jurídico-económica de la garantía hipotecaria. Su carácter de «garantía real» aparece conformado por la responsabilidad patrimonial como base consustancial de todo crédito y la constitución de una carga real sobre un determinado inmueble que favorece la operatividad de esa responsabilidad de manera simple y clara. De tal modo que el derecho de hipoteca no implica la pérdida o sustracción al titular de la cosa hipotecada de sus facultades (materiales y jurídicas) sobre la misma, sino la mera limitación en el libre ejercicio de tales facultades; efectivamente, el titular del derecho de hipoteca no adquiere ni la posesión ni el aprovechamiento del inmueble hipotecado en detrimento de su propietario o titular. Acaso el propietario, en el marco de sus negocios

patrimoniales, pretenda un incremento del valor económico para aumentar la «comerciability» del bien y constituir nuevas hipotecas, eso sí, sin poner en peligro la «capacidad de garantía» de la hipoteca ya constituida porque, ya se ha remarcado, la disponibilidad de la finca en propiedad es la base del crédito territorial y principio general del sistema hipotecario.

En cualquier caso, estas facultades de administración y disposición del bien que permanecen integradas en su titularidad no son libre y plenamente realizables ni en cuanto a su ejercicio ni, en nuestro caso, a su objeto. Concretamente, durante la fase de seguridad de las hipotecas, el propietario del bien mantiene su facultad de alteración o transformación de la cosa, dentro del respeto al valor económico inicial del bien hipotecado, ámbito protegido y defendido jurídicamente por la acción de devastación o de deterioro (arts. 117 LH y 219.2 RH)¹².

Al acreedor hipotecario, en realidad, le interesa la «adherencia» congénita del valor pecuniario al bien hipotecado, junto al mantenimiento de su sustancia o entereza, tanto jurídica como material; es decir, su facultad primordial se configura mediante la adquisición de un «derecho al valor» y su consiguiente conservación¹³. La propia Comisión de Codificación, en su exposición de 6 de junio de 1860 de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria, ya lo exponía nítidamente: «El que presta con hipoteca, más bien que a la persona; puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores».

En este sentido, CERDEIRA (1998, 639-641) concluye que, «aunque el objeto material de la hipoteca sea la finca o parte de sus cualidades y utilidades, según que lo gravado sea la propiedad o una situación jurídico-real (de poder o de gravamen) menor (arts. 1874 CC, 106 y 107 LH), lo que verdaderamente se vincula al pago del crédito es el valor económico, pecuniario o en cambio que el bien materialmente hipotecado contiene y puede proporcionar; un valor que primero, durante la etapa de seguridad, se sujeta y conserva (arts. 117 LH y 219.2 RH), y que luego, en la fase ejecutiva de la hipoteca y satisfactoria del crédito se realiza (cfr. arts. 1858 y 1859 CC)... El *jus distrahendi*, contenido nuclear de la hipoteca, cuya

titularidad se ostenta *ab origine* (de ahí la imposibilidad de concebir la hipoteca como simple acción ejecutiva especial y privilegiada), contiene en sí una *mera expectativa jurídico-real de adquisición de una suma de dinero*, la pretensión hacia un valor futuro y potencial, primero para su conservación (*ius conservationis*) y posteriormente, en caso de impago, para su ejecución y obtención (*ius distrahendi*). Por ello, el tratamiento que encauce el escenario dinámico constante la hipoteca debe prever los cambios y modificaciones que experimente el objeto en aras del estado final que se precisará al tiempo de su ejecución y mutación a valor económico (objeto sustancial) de la cosa hipotecada (objeto formal) derivada de la titularidad jurídica del derecho real inmobiliario que sirve de garantía. Precisamente, ese núcleo valorable y variable emana, en definitiva, de la «finca (registral)» y los elementos que la conforman (esencia real); podría decirse que constituye, en suma, la «credibilidad» de la finca.

Así, la hipoteca, como carga real (sujeción), genera una expectativa jurídico-real (*ius ad pecunia*) que, junto al *ius conservationis* de la fase estática de seguridad (deber de conservación como *facere* del dueño de la finca), comprende el *ius distrahendi* en la etapa dinámica de ejecución (deber de soportar la eventual ejecución *potestativa* del titular de la hipoteca), es decir, la facultad de «expropiar» (enajenar) la cosa hipotecada y la facultad de «apropiarse» (adquirir) en vía preferencial el precio alcanzado con la transformación del bien en su producto líquido. Luego, la culminación objetiva y sustantiva (de contenido) de la hipoteca radica, no en el bien, ni en su valor, sino en la «adquisición de una suma de dinero» (CERDEIRA, 1998, 523). De esas premisas deriva el «concepto técnico» de la extensión objetiva que configura la doctrina científica: «Conjunto de elementos patrimoniales cuyo valor, una vez realizado, pertenecerá al acreedor hipotecario para el pago del capital, intereses, costas y gastos. En cuanto a los que no se integren en dicho conjunto, aunque también puedan ser enajenados o «realizados», su valor pertenecerá, en principio, al propietario del bien, sin perjuicio de los posibles derechos o expectativas de los titulares de cargas posteriores que se extingan por la ejecución» (RAMOS CHAPARRO, 2008, 417).

II. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA

1. LA POSITIVIZACIÓN DE LA CASUÍSTICA

1.1. Los cambios normativos

La primitiva redacción de los artículos 110 y 111 LH, referidos a lo que comenzó a denominarse «extensión objetiva» de la hipoteca, se diseñó para

que el crédito hipotecario absorbiera, por ministerio de la ley y no por la voluntad expresa del acreedor y del dueño, todo elemento vinculado y derivado de la finca, de modo que la hipoteca se extendiera «naturalmente» a los muebles especificados y a los frutos pendientes, incluso a los frutos cogidos con tal que no estuvieren levantados y almacenados. Con ello, evidentemente se minoraba el poder de disposición del propietario, impidiéndole la obtención de crédito con garantía mobiliaria; y prácticamente, se inmovilizaba una fuente de riqueza de crédito agrícola y mobiliario.

La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909¹⁴ atiende dicha contingencia o freno crediticio, introduciendo la distinción entre extensión legal *ipso iure* y convencional que permite la extensión voluntaria a los elementos inicialmente excluidos por la ley y, a la vez, abriendo la posibilidad de la hipoteca mobiliaria. De esa manera, mientras subsistan las disposiciones vigentes acerca del contrato de prenda y el concepto de bienes inmuebles (art. 334 CC), se permite la hipoteca de muebles y frutos con separación de las fincas a que se hallan unidos o en que estén pendientes¹⁵. En realidad, dicha reforma resultó estéril en su objetivo de incentivar la hipoteca mobiliaria por razón del pacto expreso que casi nunca falta, con lo que, de hecho, imperaba el régimen anterior en el que la imposición del acreedor exige el pacto de extensión hipotecaria convertido en cláusula de estilo. En todo caso, ello permitió la promulgación del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, estableciendo el crédito mobiliario agrícola sobre la prenda sin desplazamiento y creando el *warrant*¹⁶.

Más tarde el texto de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, recoge sustancialmente la reforma de la Ley de 1909, con la sola variante de equiparar al pacto expreso la disposición legal concreta en el mismo sentido, habiendo pasado a ser en ella el artículo 111 de la misma. La hipoteca se extiende «naturalmente» a los muebles inseparables (como partes integrantes) y, mediante pacto expreso de las partes, a los muebles separables (como pertenencias) y también a los frutos (que, sin embargo, son partes integrantes). Con este régimen se restringen aún más las aplicaciones prácticas del artículo 334 del Código civil, con lo que el régimen de los bienes inmuebles por incorporación o accesoriedad sufre así una importante excepción en lo que concierne a la garantía hipotecaria (CASTÁN).

1.2. La normativa legal vigente

El Código civil regula la extensión objetiva de la hipoteca recogiendo el criterio general de la normativa especial: «*La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas*

o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero» (art. 1877 CC). Aunque luego, por su peculiar relación con la normativa hipotecaria, orienta su régimen mediante remisión a dicha legislación especial: «La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente» (art. 1880 CC). En realidad, las sucesivas reformas de la Ley Hipotecaria han ocasionado que su normativa, no solo sea especial, sino también posterior a la que recogió el Código civil.

Por su parte, la Ley Hipotecaria, concisamente, dispone que *«la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados» (art. 109 LH). Esta formulación legal se detalla y pormenoriza de seguida: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: Primero. Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. Segundo. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código civil» (art. 110 LH).*

Se refiere luego a los bienes que cabe comprender en la hipoteca por pacto expreso, sin el cual no se produce extensión alguna: *«Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: Primero. Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. Segundo. Los frutos, cualquiera que sea*

la situación en que se encuentren. Tercero. *Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada*» (art. 111 LH). En su redacción original, la extensión objetiva de la hipoteca a tales elementos tenía carácter legal y, en consecuencia, quedaban inmovilizados por incorporación o por destino; en razón de que tal formulación, como se ha señalado, agotaba las posibilidades del crédito mobiliario y agrícola para sostener el ejercicio de la actividad económica, la regla se «reformula» para que los frutos y las rentas solo queden afectos al gravamen hipotecario mediante pacto expreso o concreta disposición especial que lo establezca (MONTÉS PENADÉS, 2007, 506-507)¹⁷.

Cuando la finca hipotecada pasa a un tercer poseedor estas reglas generales varían y se armonizan con la protección particular de los intereses patrimoniales privativos de ese tercero: «*Cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo*» (art. 112 LH). Sin embargo, al mismo tiempo, este régimen se modula en este sentido: «*El dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca*» (art. 113.1 LH). A lo que se añade en sendos párrafos segundo y tercero: «*Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito. Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquel hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan solo, quedará a disposición de dicho dueño*» (arts. 113.2 y 3 LH).

El contenido de esta normativa se complementa con los preceptos correspondientes del Reglamento Hipotecario, principalmente el artículo 215 RH, y concordantes de otras leyes especiales: Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (Ley de 16 de diciembre de 1954) y Ley de expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954)¹⁸. Esta regulación se desarrolla desde la perspectiva casuística dando solución a la concurrencia de nuevos elementos y situaciones que devienen en el transcurso de la vida hipotecaria, sin aportar algún criterio sistemático, ni mostrar ningún atis-

bo de estructuración que cohesione el conjunto de escenarios que se van presentando sucesivamente. Además, para mayor complicación, se recurre a la técnica de la regla general con excepciones, seguida de la excepción de las excepciones¹⁹.

Hipotecados con la finca, si son del propietario	Agregación de terreno por accesión natural	109 y 110.1 LH (a contrario)
	Mejora	109 y 110.1 LH
	Indemnización	109 y 110.2 LH
	Exceso de cabida	215 RH
	Inmueble por incorporación	111 LH y 334 CC
	Servidumbre predial	108.1 LH
	Elemento común de la propiedad horizontal	393.3 CC y 3 LPH
Pacto expreso o disposición legal específica	Inmueble por destino susceptible de separación sin quebranto o deterioro	111 LH
	Frutos	111 LH
	Rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación	111 LH
	Terrenos agregados que no sean por accesión natural	110 LH
	Nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere	110 LH

1.3. La doctrina legal

La hipoteca, primordialmente, recae sobre el suelo de la finca rústica o urbana, es decir, sobre el trozo de terreno encerrado dentro de la línea poligonal que lo configura²⁰. Como elementos integrantes del mismo a los que se extiende la hipoteca, pueden señalarse las edificaciones existentes al constituirse la misma y las elevaciones de edificios efectuadas con posterioridad, así como las plantaciones y demás obras realizadas en cualquier tiempo por el propietario, bien consistan en reparaciones, bien en mejoras.

La tipología de esos casos contemplados en la ley se recopilan en la siguiente clasificación esbozada por la propia doctrina legal (STS de 20 de febrero de 1970): «De los artículos 109, 110 y 111 LH resulta que la aplica-

ción de la hipoteca se *extiende* a una serie de elementos de la finca gravada (objeto) y, estos elementos se pueden dividir en tres grupos:

1. Los elementos a los que *naturalmente* se extiende la hipoteca, sin pacto alguno, por disposición de normas imperativas de observación necesaria.
2. Los elementos a los que *solamente* se puede extender la hipoteca mediante pacto expreso o disposición legal (precepto legal concreto).
3. Los elementos que la ley *no prevé la posibilidad* de pacto expreso de extensión de hipoteca; se comprenden los bienes que nunca pueden ser objeto de hipoteca, aunque medie pacto expreso».

De esta manera, básicamente, los elementos de la finca gravada se sistematizan en dos grupos, según se trate de elementos a los cuales naturalmente se extiende la hipoteca o de elementos a los cuales esta extensión solo se produce mediante «pacto expreso»:

1. La hipoteca se extiende naturalmente, aunque no se mencionen en el contrato o escritura y siempre que correspondan al propietario, a los elementos siguientes: accesiones naturales; mejoras; indemnizaciones; y objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto; todo ello además de las servidumbres y del exceso de cabida (art. 215 RH). Se trata de mutaciones materiales que, no existiendo en el momento de constituirse la hipoteca, se incorporan a la finca gravada con posterioridad y subsisten al ejecutarse la hipoteca.

2. En cambio, la hipoteca solo se extiende mediante pacto expreso a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, siempre que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto²¹.

La jurisprudencia establece, después, que los elementos enumerados deben determinarse conforme a las propias particularidades enunciadas por la disposición legal (STS de 28 de febrero de 1991): «No permite hablar de mejoras exentas por su mayor valor o de bienes que no puedan considerarse mejoras porque son valiosos, sino simplemente de bienes que se ajusten a las características conceptuales de las concretas que se enumeran (nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de las edificaciones) o análogas (criterio de similitud o semejanza) con las excepciones determinadas que contiene. Ni siquiera en relación con las obras mencionadas hay que acudir a la inclusión por semejanza, pues las instalaciones de aire acondi-

cionado son obras de comodidad y las escaleras de emergencia son obras de seguridad».

Los artículos 112 y 113 LH, a su vez, regulan la extensión de la hipoteca cuando la finca hipotecada, pasa a manos de un tercer poseedor que, como nuevo dueño, costea elementos, obras y mejoras en la cosa. Cuando la finca hipotecada pase a un tercer poseedor no será extensiva la hipoteca a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación. Se trata de un tratamiento específico y distinto respecto de las mejoras hechas en la cosa por quien era dueño al tiempo de ser hipotecada. La diferencia consiste en que, mientras la hipoteca se extiende siempre a las obras de reparación, seguridad o transformación, no sucede igual respecto a las de comodidad, adorno o elevación de edificios o cualesquiera semejantes, que quedan fuera de la hipoteca si las costea el nuevo dueño de la cosa hipotecada²². Además, aunque medie pacto expreso de extensión de la hipoteca, esta no se extenderá a los muebles colocados de modo permanente en los edificios siempre que se hayan costeados por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes que sean de la pertenencia del nuevo dueño, ni a las rentas vencidas que sean de la pertenencia del nuevo dueño. Al no quedar afectas a la garantía hipotecaria, el tercer poseedor puede reclamarlas y, aunque al exigir su importe no puede detener el cumplimiento de la obligación principal, sí que tiene derecho a cobrar con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito²³.

Para el supuesto de que se trate de una «mejora» a la que se extiende la hipoteca, de concurrir a la ejecución hipotecaria el hipotecante, dueño de la finca gravada cuando se constituyó la hipoteca, pero a la que no se extiende la hipoteca porque a la ejecución hipotecaria concurre un adquirente sucesivo de la finca gravada, se concede al tercer poseedor la facultad de exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca, y en concreto:

1. Si opta por cobrar su importe, hay que distinguir dos supuestos: (a) si las mejoras pudieran ser separadas sin tal menoscabo, se enajenarán con separación del predio y su precio, tan solo, quedará a disposición de dicho dueño; (b) si las mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe al enajenarse ejecutivamente dicha finca, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario, de manera que no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuanto se enajene para pagar el crédito.

2. Si opta por retener en su poder los objetos en que consistan dichas mejoras, siempre que pueda hacerlo sin menoscabo de la finca, gozará del *ius tollendi*, es decir, tiene la facultad de llevárselos.

1.4. *La doctrina científica*

Por su parte, la doctrina científica²⁴ concentra las vicisitudes o cambios que sufre el bien hipotecado en dos grupos conformados básicamente mediante un criterio subjetivo:

1. La extensión objetiva respecto del «obligado» que, a su vez, se desglosa conforme a la clasificación jurisprudencial:

a) La extensión «natural o legal» (arts. 109, 110 LH y 215 RH): afecta a las accesiones naturales, a las mejoras y al derecho de crédito (futuro y eventual) sobre el importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados. La cualidad de que dichas normas no tengan carácter imperativo deriva en la posibilidad de pactar que la hipoteca no se extienda a los elementos mencionados²⁵.

b) La extensión «convencional o pactada» (art. 111 LH): puede afectar, si así se pacta, a los bienes muebles de carácter pertenencial destinados al inmueble (aunque no se especifiquen), a los frutos y a las rentas vencidas y no satisfechas. Este mecanismo convencional será lo acostumbrado en la práctica habitual del tráfico crediticio-hipotecario.

2. La extensión objetiva respecto del «tercer poseedor»: propiamente no es una extensión, sino que se trata de excluir una serie de casos (bienes muebles de carácter pertenencial y mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación), siempre y cuando dichos bienes hayan sido costeados por el tercer poseedor (art. 112 LH) para gravar en la menor medida posible sus derechos²⁶.

Con esta agrupación se remarca la idea de que la hipoteca se extiende y afectará a las accesiones y mejoras porque se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, lo que apunta a la eventualidad de un pacto expreso de exclusión de la regla general. Una afección que, a su vez, alcanza a tres tipos de elementos (integrantes, accesorios y subrogados), tanto *inter partes* (hipotecante-acreedor), como respecto de terceros. En todo caso, en cuanto a las «mejoras», algunas de estas reciben tratamiento diferenciado: «las mejoras que consistan en obras de reparación, seguridad o transformación que hayan sido costeadas por el nuevo dueño»; y pueden consistir en «obras de reparación, seguridad o transformación», de las cuales se especifican las siguientes: nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, comodidad, adorno, elevación de edificios y agregación de terrenos por obra de la naturaleza.

Objeto		
Mejoras	Obras de reparación	
	Obras de seguridad	
	Obras de transformación	nuevas plantaciones
		riego
		desagüe
	Comodidad, adorno	
	Elevación de edificio	
Agregación de terreno por obra de la naturaleza		
Mejoras excluidas	Nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere	
	Agregación de terreno que NO se produzca por accesión natural	
Adquisición de la titularidad		
Propietario	Régimen general de accesión	353, 358 y 359 CC
Nuevo propietario	Tratamiento diferenciado	112 LH
Otros interesados	Usufructuario	487,488 y 502 CC
	Arrendatario	1573 CC

Realizado el desbroce del tratamiento previsto, queda recalcado que la ley no diferencia con nitidez lo que es el «objeto» de la hipoteca, es decir, los elementos integrantes de la base objetiva de partida, las edificaciones ya existentes (art. 110.1 *in fine* LH), el exceso de cabida (art. 215 RH) y las indemnizaciones (arts. 109 y 110.2 LH); y lo que es propiamente la «extensión» del objeto de la hipoteca.

De hecho, las «indemnizaciones» vienen a sustituir el «valor» del bien hipotecado mediante subrogación real: el valor de la ejecución se materializa, en su caso, en el valor indemnizatorio²⁷. Por tanto, la doctrina científica ha venido entendiendo que el derecho real de hipoteca sobre la finca muta por cambio del bien y se convierte en derecho real de prenda, que sí puede tener como objeto el crédito indemnizatorio o el importe de la indemnización²⁸. En definitiva, «el acreedor hipotecario se transforma de titular de un derecho real de hipoteca en acreedor titular de un derecho de prenda sobre el crédito, cuando la indemnización es todavía debida, o sobre el dinero, cuando la indemnización se ha satisfecho ya» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN), en el entendido de que la hipoteca solamente debe recaer

sobre la parte de la indemnización que corresponda a la valoración de la finca, ya que de lo contrario, se estaría perjudicando al propietario de la finca gravada. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que, «del hecho descrito no debe entenderse que exista una transformación del derecho de hipoteca en derecho de prenda, sino más bien, habría que interpretar que, dado que la hipoteca es un derecho de realización de valor, es decir, su finalidad, una vez incumplida la obligación que garantiza, es la de aplicar el precio del bien al pago de la deuda asegurada, si dicha realización se da por adelantado no por ello pierde su carácter, sino que, simplemente se obtiene el precio por un cauce distinto al previsto, pero igualmente acorde a derecho y debido a la concurrencia de circunstancias que lo justifican» (SAAVEDRA, 1999, 110). En realidad, continúa razonando la citada autora, «la hipoteca no se extiende a las indemnizaciones, sino que recae sobre la finca o, más concretamente, sobre su valor, lo cual implica que se realice el mismo y que se destine el dinero obtenido al cumplimiento de la obligación, por lo que si se realiza el valor por una vía distinta (indemnización), tampoco debería entenderse que la hipoteca se extiende a la indemnización, sino que recae sobre esta, pues la citada indemnización representa el valor de la finca y, en consecuencia, produce el mismo resultado que la realización de la hipoteca pero en tiempo y por un procedimiento distintos». Ciertamente, si la hipoteca se realiza conforme al procedimiento hipotecario, no sería procedente referirse a la cantidad de dinero obtenida en la subasta como una extensión de la hipoteca, y, de igual modo, si el valor del bien se realiza por otro cauce, tampoco procede hablar de extensión. De hecho la idea de extensión involucra a algo que en el momento de constitución de la hipoteca no está afectado y que, al incorporarse al objeto hipotecado, se hace valer también en la ejecución; en definitiva, la indemnización no es un fenómeno de incorporación, sino de realización de valor del bien gravado mediante un proceso diferente al ordinario.

2. LA «CONCRECIÓN» DEL OBJETO

La hipoteca se define por especificar y concretar objetivamente el derecho de agresión o poder de realización (*ius distrahendi*) del titular sobre su soporte material para que se dirija contra el bien predeterminado *ab initio* que será objeto de ejecución. Las dificultades nacen cuando consta discordancia material entre esa finca inicial hipotecada y la finca final ejecutada.

1. *Finca inicial.* La hipoteca requiere del instrumento registral para su operatividad técnica, pero sin embargo, como opción de política legislativa, el Registro de la Propiedad no es de fincas, sino que «se lleva» por fincas.

Por ello ha sido habitual desde sus comienzos que la realidad material no coincida con la descripción de la finca en el propio Registro; de hecho, el legislador asume el problema de esta divergencia entre finca material y registral, e incluso establece la respuesta jurídica conveniente (art. 215 RH). Se llama *finca registral* a cada una de las que dan lugar a la apertura de un folio en el Registro, que no se equipara al concepto material de finca, según se ha señalado, al trozo de la superficie terrestre, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y que es objeto de derecho de propiedad²⁹. En cualquier caso, la doctrina siempre parte del concepto de finca material para referirse a las fincas rústicas y urbanas, y distinguir a las fincas propiamente dichas de las restantes unidades registrales a las que la legislación hipotecaria permite considerar también como fincas. Dicha distinción se acoge también en la Ley del Suelo: constituye finca la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo; cuando conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral (art. 26 Real Decreto Legislativo 7/2015). En consecuencia, cuando se constituye una hipoteca mediante su inscripción registral, la cuestión primordial se centra en la determinación *ab initio* del objeto que queda «sujeto» a hipoteca.

2. *Finca final*. El «momento» de la extensión objetiva se sitúa siempre en el eventual periodo ejecutivo de la hipoteca porque en el ínterin no existe aún sujeción material. Paradigmáticos en este sentido son los «frutos» que, en su caso, se encuentren en el momento de la ejecución o las «rentas» al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación; aunque la ley no lo determina claramente, solo a ellos se extenderá la hipoteca inmobiliaria. En ese sentido, el artículo 110 LH únicamente concibe que la hipoteca se extienda a las accesiones naturales de la finca hipoteca, pero no a las jurídicas: «Agrupada una finca hipotecada a otra finca, o agregada una porción segregada de una finca hipotecada o una finca independiente hipotecada a otra finca libre, o viceversa, la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones agregadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 110.1 de la Ley Hipotecaria, el cual dispone que no se entenderán hipotecados con la finca gravada los terrenos agregados, salvo cuando sea por accesión natural» (STS de 11 de noviembre de 2003)³⁰.

La hipoteca va a ser extensiva a aquellos elementos o mejoras que estén presentes al tiempo de la ejecución hipotecaria, aun cuando no lo estuviesen en el momento de su constitución (BLASCO: 1994, 29). Por ello, la garantía hipotecaria puede no incluir aquellas presentes *ab initio*, pero ausentes en el momento en que se realiza la garantía; y pueden también ser excluidas

aquellas que solo estuvieron presentes constante hipoteca, es decir, entre el momento de su constitución y el de su ejecución, pero que no lo están en este último instante.

Por tanto, se trata de perfilar el ámbito de lo que, en expresión jurisprudencial, se denomina «patrimonio básico hipotecado» o «unidad pertenencial» para, con su determinación, especificar el «fondo íntegro del valor».

3. LA DINÁMICA EXPANSIVA («EXTENSIÓN») DEL OBJETO

La extensión objetiva de la hipoteca se refiere, en definitiva, a la cuestión de determinar cómo afectan a la hipoteca ya constituida las posibles vicisitudes posteriores del bien hipotecado para determinar el objeto cuya realización del valor servirá para satisfacer el interés del acreedor hipotecario: «La regulación de la extensión de la hipoteca y sus excepciones organiza y soluciona el conflicto que surge por la incorporación de nuevos valores (bienes), unos por obra de la naturaleza y otros por obra del hombre, al objeto inicialmente hipotecado. Qué plus valor o valor añadido, respecto del momento constitutivo de la hipoteca, cede a favor de la garantía hipotecaria y cuál en provecho del propietario del inmueble o de un tercero, es la cuestión fundamental que resuelve el instituto de la extensión objetiva de la hipoteca» (BLASCO: 1994, 147-148). La trascendencia de esta cuestión también ha sido insistentemente recalada por la doctrina hipotecaria: «La determinación de la extensión objetiva de la hipoteca es extremo importante para el crédito territorial. La garantía hipotecaria... no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se extiende a los instrumentos y derechos que constituyen su dotación, formando un conjunto al que se denomina patrimonio básico hipotecado. Esta tendencia expansiva de la responsabilidad sobre la finca tiene por principal objetivo el fomento del crédito hipotecario» (ROCA SASTRE: 1998, 2). Estas variaciones objetivas, siguiendo las clasificaciones realizadas tanto por la doctrina legal como por la científica, se derivan de fenómenos naturales o de actividad personal bien del propietario hipotecante, o bien de un tercero no hipotecante.

Los aparentes principios que viabilizan la prolongación a nuevos elementos no presentes en el inicio de la carga hipotecaria pueden caracterizarse del siguiente modo: por un lado, se consideran elementos «básicos» que las agregaciones *per se* son parte de la finca, y que las accesiones, las mejoras, los frutos, y las rentas debidas pero no percibidas, tienen carácter de bien inmueble por naturaleza o por adherencia los que lo son; y, por otra parte, se presentan como elementos «complementarios» la presunción de ser voluntad del dueño de la cosa configurar el objeto final hipotecado, y la razón de equidad por la que, si el acreedor hipotecario soporta el menosca-

bo de la cosa hipotecada, debe adquirir también las ventajas. No obstante, esos fundamentos básicos y complementarios no persuaden demasiado al operador práctico por la fragilidad jurídica que presentan:

1. «Inmovilizar» los muebles bien por incorporación (adherencia o fijación material) o bien por destino (intención o propósito del titular) es una técnica configurada a modo de entequeia jurídica para que, en realidad, la finca se transmita como una unidad de explotación. En todo caso, no existe coherencia con el régimen de clasificación del Código civil (art. 334 CC).

2. Tampoco se corresponde con la categoría teórica más ágil y comprensiva de las «pertenencias» desde el paralelismo entre los requisitos del acto de destinación y de la configuración de la pertenencia: (a) un acto continuado de destinación, es decir, solo la permanencia de la voluntad del legitimado mantiene activa la relación de servicio; (b) una relación de servicio que el Código civil formula con la exigencia de que «concurran a satisfacer las necesidades de la explotación»; y (c) un carácter estable o de permanencia, en el sentido de que mediante determinados signos externos pueda venirse al convencimiento de que la adscripción se ha operado hacia futuro, lo que equivale al «propósito de mantenerlos unidos» o «destinados... a permanecer» de que habla el precepto (art. 334.6 y 9 CC).

3. La «adherencia» que se alega entre la indemnización y la cosa cuya desaparición o transmisión forzosa la causa no se presenta, en cambio, con relación al edificio construido donde antes no lo había.

4. La presunción de la voluntad de hipotecar del propietario no tiene base económica ¿Quién hipoteca, sin manifestación expresa, las mejoras que vaya a hacer en la finca? Presuponer que el dueño materializa la mejora también para ampliar la seguridad de un derecho de crédito ajeno es mucho suponer.

Desde esa plataforma de base insegura, veamos el marco jurídico que engloba los diversos elementos que, eventualmente, pueden emerger y presentarse en la ejecución hipotecaria.

3.1. *Extensión a las «acciones»*

1. *Incorporación natural.* La accesión natural puede derivar en agregación de terreno a la finca hipotecada en coherencia con el régimen general (arts. 366 sigs. CC). Se justifica en razón de que la configuración de la finca se transforma de modo natural sin intervención alguna del propietario y afecta a toda la esfera dominical, incluyendo todos los derechos reales limitados inmobiliarios. Conecta, además, con la propia erosión y segregación

natural que sufre toda finca y que recalca en otros terrenos; técnicamente, sobre los elementos incorporados por accesión no surge un nuevo derecho de propiedad sino que resultan sometidos al régimen dominical ya preexistente que dinámicamente se va conformando, en su caso, con dichas accesiones. De la misma manera, este fenómeno, cuando no se produzca incremento sino desgaste, queda excluido de la eventual acción de devastación al exigirse «dolo, culpa o voluntad» del dueño en la disminución del valor de la finca (art. 117 LH). Consecuentemente, la hipoteca no se extiende a las agregaciones de terrenos que no tengan lugar por causas de accesión natural, es decir, cuando obedezca a la voluntad humana; en tal caso, la agregación es un componente nuevo que se encuentra fuera de la línea poligonal que configura la finca hipotecada y que habrá adquirido el propietario por compra, herencia u otra causa análoga y que él mismo une con la finca hipotecada, de modo que la hipoteca grava solo la finca originaria sin que se extienda a la porción voluntariamente agregada, aunque hubiese sido porción segregada previamente a la constitución de la hipoteca³¹.

Este supuesto no hay que confundirlo con el de exceso (o defecto) de cabida de la finca real respecto de la que se recoge constancia en el Registro de la Propiedad y queda englobado dentro del objeto hipotecado porque esta mayor cabida resultante solo puede ser originada por una «rectificación» de la medición o de una agregación de terreno por accesión natural³²; en tal caso es indiferente que el exceso de cabida conste en el Registro con anterioridad o con posterioridad a la constitución de la hipoteca³³. Por el contrario, si la mayor extensión se debe a haberle agregado terrenos colindantes, al haberlos adquirido el propietario de tal finca hipotecada, entonces ya no hay identidad de la finca y la hipoteca ya no se extiende a lo agregado. La finalidad última de este principio de accesión es evitar la separación (que se estima indeseable) entre el suelo, el vuelo (edificación o plantación) y el subsuelo. Se pretende mantener esa unidad que, en caso de concurrencia de intereses incompatibles, se encauza mediante la acción del enriquecimiento injusto para dar una respuesta satisfactoria a los distintos legitimados de dicha unidad objetiva inescindible como mecanismo que logra organizar el desplazamiento de valores patrimoniales que se produce y deriva de la ejecución hipotecaria³⁴.

2. *Incorporación por acto.* La agregación voluntaria de nuevo terreno previamente adquirido por el propietario mediante título jurídico es una agrupación de fincas o incorporación de otros terrenos que amplían el fundo sobre el que se ejerce la explotación, con independencia de solicitar o no su inscripción como una sola finca registral (arts. 44-50 RH). Esta incorporación, bien sea *de facto*, bien sea de agrupación registral, no es causa suficiente para que la hipoteca de una de ellas se extienda a los nuevos terrenos o a la nueva finca registral, en coherencia con el principio de indivisibilidad de

la hipoteca (arts. 122-124 LH): la división de la finca hipotecada no afecta a la integridad de la hipoteca; la agrupación con otras tampoco altera su condición original de finca gravada, siempre que no haya consentimiento en pacto expreso (MONTÉS PENADES, 2007, 510; GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, 1985, 175-181)³⁵.

3.2. Extensión a las «mejoras»

1. *En la relación entre hipotecante y acreedor.* El objeto hipotecado se extiende, por regla general, a todas las mejoras (necesarias, útiles y suntuarias), quedando sometidas al régimen ordinario (arts. 453 sigs. CC) o específico (arts. 487 y 1573 CC). La cuestión de su determinación viene facilitada por la ley mediante una enumeración, si bien no absoluta o taxativa, sí ejemplificativa y recopiladora de los supuestos más significativos y delimitadora de su carácter de bienes incorporados de forma inseparable al inmueble³⁶. En cualquier caso, las siguientes son mejoras por naturaleza, pero se excluyen del régimen anterior: por un lado, la agregación de terreno que no deriva de causa natural, sino que corresponde a una modificación formal de la finca en el Registro de la Propiedad que no altera la carga hipotecaria; por otra parte, la construcción de edificios donde antes no los hubiere, supuesto que se detallará en breve más adelante.

Las situaciones en las que se produzca, no una nueva edificación³⁷, sino una «elevación o subedificación» de los edificios, estas quedan afectadas por la extensión de la hipoteca sin necesidad de pacto³⁸, salvo que conformen una unidad distinta e independiente, como en el caso paradigmático de la propiedad horizontal³⁹. Esta prolongación de la hipoteca a las elevaciones es muy criticada desde los primeros comentaristas por considerarla excesiva⁴⁰. Asimismo la extensión legal, junto a su carácter antieconómico, resulta aún más criticable cuando luego, por razones económicas de fomento de la construcción, no engloba a la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiese, siempre salvo pacto en contrario⁴¹.

2. *En relación con el tercer poseedor.* Las normas que regulan los derechos del tercer poseedor constituyen normas imperativas que no resultan afectadas por la existencia de cláusulas de extensión convencional de la hipoteca. Al tercero solo le afectan las mejoras de reparación, seguridad y transformación, al ser obras necesarias de conservación para el mantenimiento de la finca; ello con independencia de que la enumeración de la ley se refiera a algunas que pueden ser incardinadas en aquellas. La clave se sitúa, por un lado, en el hecho de que hayan sido costeadas por el nuevo dueño y, por otro, en la exclusión de las mejoras de comodidad o adorno. Debe especificarse que lo dispuesto en el artículo 113 LH solo es de apli-

cación respecto de aquellas mejoras a las que se extendería la hipoteca de concurrir el hipotecante, dueño de la finca gravada cuando se constituyó la hipoteca, a la ejecución hipotecaria, porque a ellas no se extiende la hipoteca al concurrir un adquirente sucesivo de la finca gravada conforme al artículo 112 LH⁴². Por ello, el artículo 113 LH no es de aplicación a las agregaciones de terrenos que no tengan lugar por causas de accesión natural, ni a la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere, ya que, respecto de estas mejoras, no se extiende la hipoteca ni aunque concurra a la ejecución hipotecaria el hipotecante. En estos casos, tanto de concurrir el hipotecante como el tercer poseedor, la hipoteca, al ejecutarse, nunca podrá extenderse a esos elementos patrimoniales que siempre continuarán en el patrimonio del hipotecante o en el del tercer poseedor ya que, a pesar de la ejecución hipotecaria, no perderán la propiedad o dominio de los mismos. Como se ha señalado, siempre con la excepción de aquellos casos en los que se hubiere pactado en la escritura de constitución de la hipoteca su extensión a la agregación de terreno que no tengan lugar por causa de accesión natural o a la nueva construcción de edificio donde antes no lo hubiere; en estos casos, el tercer poseedor que hubiere adquirido el terreno agregado o hubiere construido el edificio sí queda sometido a lo dispuesto en el artículo 113 LH, en base al cual, en la ejecución hipotecaria, perderá, en ocasiones, su derecho de propiedad sobre el terreno agregado o lo construido, que se convertirá en un simple derecho de crédito.

3.3. Exclusión de los nuevos edificios «donde antes no los hubiere»

La hipoteca tampoco se extiende legalmente a la «nueva construcción» de edificios «donde antes no los hubiera». Se refiere a la nueva edificación (obras nuevas), es decir, a los casos en que la finca no esté edificada en todo o en parte. En este sentido, no son nueva construcción tanto la obra «hacedera» (ya fácil de hacer)⁴³, como la reconstrucción del edificio, aunque sea por causa de siniestro, porque ya había un edificio en el momento de constituirse la hipoteca. En ambas situaciones se sitúan hipótesis inseguras en las que cabe debatir tanto la entidad de la obra, como el carácter novedoso del edificio, además de la concurrencia de responsabilidad (voluntaria o causal) del deudor que, en su caso, haga factible el ejercicio de la acción de devastación por el acreedor hipotecario (art. 117 LH).

No obstante, en la práctica es persistente y constante la extensión pacificada por los interesados en el negocio hipotecario. A pesar del silencio del artículo 111 LH, la doctrina acepta que, mediante pacto expreso que así lo disponga, la hipoteca se extienda tanto a los terrenos agregados siempre que no sea por accesión natural, como a la nueva construcción de edificios

donde antes no los hubiere⁴⁴. Situación distinta es que al constituirse la hipoteca haya un edificio «ya construido» en su totalidad o casi, en cuyo caso no puede hablarse que «después» de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios.

A pesar de que esta exclusión puede soslayarse mediante el pacto expreso en contrario, la regla en su aplicación aboca a serios inconvenientes en la ejecución hipotecaria por cuanto produce una disociación entre la titularidad dominical del suelo y del vuelo⁴⁵. Sin embargo, ampara y mantiene dentro de los medios del propietario otras nuevas posibilidades crediticias en razón de la potencialidad urbanística de la finca⁴⁶.

4. EL PRINCIPIO REGISTRAL DE ESPECIALIDAD

Es sabido que al Registro de la Propiedad acceden derechos reales que ya han sido constituidos, modificados o extinguidos sobre un bien inmueble, es decir, su transmisión opera al margen y en eventual discordancia con la realidad extrarregistral, señaladamente cuando la finca, como realidad material sobre la cual se va a constituir un derecho real susceptible de tener acceso al Registro, no se delimita físicamente de forma exacta. Por su parte, conforme al principio de especialidad, el objeto de la hipoteca debe caracterizarse por su determinación y concreción; es decir, el objeto hipotecado debe estar determinado para que el derecho de hipoteca pueda hacerse efectivo y, como la hipoteca no implica posesión del bien, reposa solo sobre la protección que le presta el Registro de la Propiedad y su publicidad; de este modo, cuando se hipoteca la finca, esta adquiere una especialidad que la distingue de aquella otra sobre la que no pesaba la garantía real. Justamente, la hipoteca grava las utilidades que constituyen el valor económico o pecuniario al cambio que tienen o contienen las facultades recaentes sobre un bien inmueble, tal como se ha señalado anteriormente: «El que presta con hipoteca, más bien que a la persona; puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada la interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio» (exposición de motivos LH). En efecto, las facultades que integran la titularidad de la hipoteca recaen sobre el bien hipotecado y, por ello, la acción hipotecaria se puede dirigir contra cualquiera que sea su poseedor (art. 1876 CC). La divergencia entre la realidad y el Registro puede tener su origen en una menor o mayor expresión de la superficie real de la finca o en la ausencia de referencia a elementos o partes de ella. Esta inseguridad ha sido una de las cuestiones más problemáticas en la dinámica del sistema registral.

La doctrina legal y científica ha construido el principio de especialidad exigiendo una delimitación (especificación) precisa de los «derechos» que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad, tanto en sus elementos subjetivos y objetivos, como en cuanto a su alcance y contenido. La eficacia de este principio de especialidad resulta «determinante» en todo el ámbito de los derechos reales «para el conocimiento de los terceros»⁴⁷: claridad y precisión con que ha de estar redactados los asientos y configurados los derechos inscritos. La precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad es medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales en el Registro.

La finca puede sufrir alteraciones de carácter material en el ámbito físico o de cualidad en el ámbito jurídico: las modificaciones físicas (declaración de obra, exceso de cabida) comportan rectificaciones en su descripción; y las modificaciones jurídicas (agrupación, agregación, segregación, división) se producen en los libros del Registro de la Propiedad, pero no en la realidad. En este aspecto, es conocido por todos que el Registro no otorga su protección frente a los datos físicos de la finca, excepto actualmente cuando se realice la coordinación e inscripción de la representación gráfica de la finca en el Registro, en cuyo caso se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38 LH, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real (art. 10.5.1 LH reformada por Ley 13/2015)⁴⁸. Por ello, siendo esto así, es defendible que la hipoteca va a gravar esta tal y como existe en la realidad extrarregistral, aunque difiera de la descripción que de ella hace el Registro de la Propiedad, de modo que la «expansión» del objeto de la hipoteca opera al margen del principio registral.

Efectivamente, la Ley Hipotecaria admite la extensión del gravamen a bienes no determinados en la inscripción, pero sin establecer reglas específicas sobre los mismos, de modo que quedan sometidos al régimen ordinario. En la dinámica de la hipoteca mientras tales bienes continúen destinados al servicio de la finca no se plantearán problemas de determinación. Sin embargo, si el propietario decide romper esa relación de destino entre las cosas y separa las pertenencias del objeto hipotecado, puede y debe cuestionarse la facultad del propietario para realizar este tipo de actos, la posibilidad de su embargo separado para responder de la deuda o la afección a los adquirentes por la ejecución del gravamen hipotecario. Como bien señalaba MARTÍN OSANTE (1993, 209), el tema de la separación de los bienes muebles y su posterior enajenación resulta problemático porque, incluso el realizado de buena fe, puede redundar en un grave perjuicio para el acreedor hipotecario por la reducción del valor de la cosa hipotecada; de la desmembración del

conjunto hipotecado resulta necesariamente la consiguiente desvalorización. En principio, el propietario de una finca hipotecada está facultado para su transmisión gracias al sistema de inscripción constitutiva, de modo que si puede enajenar el bien íntegramente, también puede realizar actos por los que separe de la finca los muebles y realice con ellos actos dispositivos, salvo que se prevea un pacto expreso, adicional respecto al de la mera extensión de la hipoteca a los bienes muebles, que limite su disponibilidad. En esta situación, el adquirente de dichos bienes muebles no se ve afectado por el gravamen hipotecario en cuanto se trate de un adquirente de buena fe (art. 464 CC) que desconozca la existencia de un gravamen hipotecario sobre tales bienes porque el Registro de la Propiedad no es un instrumento de publicidad de titularidades sobre bienes muebles y, además, porque su limitada identificación restringe la especificación. De esta manera, el sistema de publicidad registral no instaura la plena reipersecutoriedad respecto de este tipo de bienes muebles.

En consecuencia, el principio de «especialidad-determinación» significa que no se puede hipotecar solo una parte de una finca registral sin proceder de forma previa a la oportuna segregación o división horizontal de la entidad hipotecaria: «Cuando lo que se quiere hipotecar es únicamente una porción de la finca, se impone la segregación de la misma» (ROCA SASTRE, 1998, 27). Las manifestaciones de la escritura pública y del Registro de la Propiedad no pueden desvirtuar, en ningún caso, el «alcance» de la realidad extrarregistral⁴⁹.

Desde la técnica jurídica, la «inscripción» de la hipoteca y la «extensión» de la hipoteca son dos fenómenos diversos en naturaleza y régimen. Por sucesión lógica, para que el derecho de hipoteca se inscriba se requiere, necesariamente, la previa inscripción del objeto sobre el que aquel se constituye; por su parte, que la extensión objetiva de la hipoteca implica, precisamente, la no inscripción del derecho sobre la materia a la cual aquella se extiende, es decir, no puede ser objeto de una constancia registral expresa al resultar registralmente inexistente. En suma, la inscripción solo subsiste dentro de la institución registral y la extensión se presenta siempre afuera del Registro de la Propiedad, si bien cabe la existencia de pacto expreso relativa a la extensión que aparezca reflejado en los libros registrales; ello con independencia de que la ley, con su innata publicidad, extienda el objeto hipotecado a los elementos que se han citado (art. 110.1 LH).

5. LOS CRITERIOS DE EXPANSIÓN

Aún hoy resulta sugestivo desbrozar y esquematizar la justificación del alcance objetivo del bien inmueble hipotecado explicada en la exposición

de 6 de junio de 1860 de los «motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria»:

1. Siguiendo el Derecho romano, las Partidas establecían que el derecho de hipoteca no se limitaba a la cosa hipotecada, sino que también se hacía extensivo a las accesiones naturales, a las mejoras y a los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Les sirvió de fundamento que todas estas agregaciones eran «parte de la finca», y que todas pertenecían a la clase de «bienes inmuebles», o bien por su naturaleza, o bien por su adherencia a las que lo eran.

2. La aplicación de tales principios persigue evitar en la práctica las dudas y dificultades que se ocasionan en materia hipotecaria que, en realidad, recoge el criterio de los redactores del proyecto de Código civil, si bien dando mayor extensión a sus aplicaciones, pero huyendo siempre de un casuismo peligroso.

3. Esta extensión de la hipoteca se apoya, al mismo tiempo, en la presunción de que esa fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho o carga real.

4. Sin embargo, esa presunción no puede operar cuando la finca hipotecada pasa a manos de un tercer poseedor. En este caso, en consideración de la justicia y de la equidad, se propone que los frutos pendientes y rentas vencidas no se entiendan en este caso sujetos a la hipoteca, y que lo mismo suceda respecto a los muebles colocados permanentemente en los edificios, y a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad y transformación, siempre que unos u otros se hayan costado por el mismo dueño. Pero en la aplicación de esta regla, al propio tiempo, es necesario evitar que se desmantelen, con perjuicio de la finca, las obras practicadas en ella y, por eso mismo, solo se permite la retención de los objetos en que consista la mejora, en el caso de que pueda verificarse sin menoscabo de la propiedad a que están adheridos, teniendo opción el poseedor, o bien a esta retención, o bien a exigir el importe del valor de los objetos. Cuando las mejoras no puedan separarse sin menoscabo de la finca, solo habrá lugar a este último remedio sin que pueda detenerse el cumplimiento de la obligación hipotecaria, lo que sería un perjuicio injusto para el acreedor. En definitiva, al nuevo adquirente solo le quedará el derecho de cobrar lo que le corresponda con el precio de la finca cuando se enajene para pagar el crédito.

5. El régimen de extensión de la hipoteca se extendió a otras «accesiones» (sic) que, si bien no habían sido comprendidas en el texto literal de la ley, no puede desconocerse que lo estaban en su espíritu. A esta clase pertenecen las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario y de ellas puede decirse que reemplazan a la cosa hipotecada. Así la indemni-

zación que se da al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que antes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada. Es claro que solo en los pocos casos en que por convenio entre la administración y el antiguo propietario se permuta por vía de indemnización una finca con otra, habrá lugar a la constitución de una nueva hipoteca en sustitución de la antigua, porque la hipoteca solo puede tener lugar sobre cosas inmuebles; en los demás casos se genera otro derecho real, el de prenda, que sustituirá al hipotecario que quedó extinguido. En la misma coyuntura se encuentra la indemnización concedida o debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados, o de sus frutos cuando el siniestro haya tenido lugar después de constituida la hipoteca, atendiendo a la importancia, facilidad y extensión que el aseguramiento tiene en nuestros días.

En todo caso, como se ha comprobado, la dilatación expansiva de la hipoteca no tiene una única causa, ni se encarrila mediante una única técnica (pacto, accesión, subrogación real, sustitución por prenda sobre el crédito a la indemnización), ni tiene eficacia absoluta frente a terceros (tratamiento diferenciado del tercer poseedor). Las «circunstancias» que abonan este terreno variado y complejo son múltiples:

1. La individualidad física real del objeto material. Las alteraciones y modificaciones en la propia composición y hechura de las cosas constituyen una amalgama de fenómenos que, naturalmente, alteran la relación jurídico-real que existe sobre ellas. En razón de la experiencia (práctica) previa y de la naturaleza (función y destino natural) del bien, la «expectativa» que *per se* genera (como probabilidad real de conseguir alguna cosa) se materializa en el derecho o en la acción futura que se tiene, precisamente, sobre esa cosa (esperable). Ello sucede en la finca agrícola respecto de las nuevas plantaciones, o en las edificaciones respecto de la sobreelevación y mejoras que el avance tecnológico proporcione. Este criterio justificaría que la hipoteca se extendiese a esas «nuevas realidades objetivas» siempre que, más allá de que sea lo esperable, sea «impuesta» por la normativa agraria o urbanística, especialmente el aprovechamiento urbanístico (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 1999). A pesar de ello, y como ya he apuntado, solo en el supuesto de que las nuevas plantas se puedan reputar como «accesorios» del inmueble hipotecado, van a quedar incluidas en la hipoteca. Sin embargo, este efecto quedaría desvirtuado si se parte de la ausencia de este carácter, por reputarse elementos autónomos del inmueble gravado conforme al criterio de ser susceptible de aprovechamiento independiente.

2. La interpretación restrictiva de los límites del derecho de propiedad alcanzan también a la extensión objetiva de la hipoteca. Por eso las normas legales deben interpretarse restringidamente; y que mediante pacto solo cabe

excluir las expresamente citadas, esto es, la agregación de terrenos de modo no natural y la nueva construcción de edificios donde antes no los había.

3. El pacto de extensión. Los actos que pretendan extender el ámbito objetivo de la hipoteca deben revelar de manera expresa la naturaleza del elemento afectado con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales y en la constancia inequívoca de la existencia de esa voluntad expresa. En principio, la protección del artículo 34 LH no puede extenderse a los inmuebles por destino que no figuren inscritos en el Registro como pertenecientes al deudor hipotecario⁵⁰; sin embargo, el carácter expreso del pacto permite que, genéricamente, la extensión a cualquier pertenencia sin que sea precisa mayor especificación o individualización. En todo caso, la interpretación de la cláusula de extensión indagará y delimitará la intención de los contratantes⁵¹, pero, en caso de duda, solo operará respecto a las pertenencias destinadas en el momento de la constitución de la hipoteca.

4. No hay merma de la garantía sino «mutación». En la expropiación, precisamente, se sustituye la hipoteca por la prenda sobre el precio. Esta facultad de reinversión del propietario expropiado en este precepto también se funda en casos semejantes del Derecho patrimonial⁵².

Por ello, para razonar las reglas de extensión objetiva de la hipoteca se han sugerido varios posibles «fundamentos jurídicos» de carácter muy heterogéneo:

1. El principio de la presunta voluntad de las partes. Presunción de que esa fue la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella una carga real. Ciertamente, tal voluntad existe, pero la presunción es perceptible con relación al interés del acreedor, no así respecto del deudor o sujeto hipotecado; de hecho se aviene mal con la libertad del derecho de propiedad y la regla de que el sujeto se obliga a lo menos y grava también lo menos. La presunta voluntad del hipotecante no justifica *per se* la extensión hipotecaria a las accesiones y mejoras porque, a la par, la ley establece excepciones que soslayan tal presunción aunque las realice no un tercero sino el propio dueño hipotecante⁵³.

2. El principio de equidad y justicia. Si el detrimento de la cosa hipotecada repercute sobre el titular hipotecario parece justo que la ventaja también redunde a su favor. Sin embargo, se trata de dos perspectivas o elementos que no pueden equipararse, ni por tanto equilibrarse entre sí: el perjuicio puede deberse a una causa totalmente ajena al deudor sin que pueda achacársele responsabilidad alguna; y el beneficio de la mejora responde a la voluntad del titular del objeto hipotecado.

3. El fomento del crédito territorial. La finca registral se concibe por el legislador como el soporte de una explotación económica o de aprove-

chamiento económico, lo que justifica incluir todas las pertenencias en la masa de responsabilidad de su titular y asegurar la inversión inmobiliaria, es decir, sirve para hacer valer las posibilidades crediticias que contiene la potencialidad económica de la finca. A modo de medida política, con ello se pretende promover especialmente la edificación de viviendas e industria. Sin embargo, si tal fuera el fundamento de la extensión, no cabe explicar el régimen divergente aplicable a las nuevas plantaciones y las sobreedificaciones, por resultar injustas o contrarias al incentivo del crédito territorial.

4. Los principios de orden y seguridad. También se ha fundamentado la extensión de la hipoteca en el principio de conservación del préstamo hipotecario, conectando el régimen de la extensión (art. 109 LH) con el régimen de la acción de devastación (art. 117 LH).

Todas estas razones sirven para explicar algunos de los posibles supuestos, pero rehusando otros que debieran tener tratamiento semejante. Por eso el soporte jurídico de la extensión objetiva de la hipoteca hay que buscarlo mediante mecanismos de pura «técnica jurídica», obviando las referencias de mera política legislativa. En este sentido, la jurisprudencia atiende reiteradamente a la técnica de equiparación a inmueble (inmovilización) de los elementos vinculados a la finca⁵⁴. Dentro del régimen de la accesión se aplican los principios generales de que lo accesorio sigue a lo principal y su concreción de que la superficie cede al suelo. Así la hipoteca se extiende, por expresa disposición de ley, a elementos y bienes sin que ni siquiera sea necesario mencionarlos para englobarlas en la garantía hipotecaria, de modo que cualquier pacto de exclusión resulta irrelevante. En ese marco, el criterio general de que lo accesorio sigue a lo principal informa directamente el artículo 110.1 LH: por un lado, las agregaciones son parte de la finca; y, por otro, las accesiones, mejoras y frutos (incluyendo rentas debidas y no percibidas) tienen carácter de bien inmueble por naturaleza o por adherencia. En realidad se recurre a la técnica de la ficción legal para articular el propósito económico del titular que pretende vincular y subordinar tales elementos al régimen del inmueble en su tráfico económico y jurídico. Puede corroborarse que, más que la mera accesión, el criterio de extensión viene determinado por la unidad de explotación. Sin embargo, tampoco se extiende a todas las accesiones, sino que, a su vez, se admiten y se establecen excepciones al principio de accesión. Justamente, lo que en esta materia sería el paradigma de la accesión, esto es, el caso de edificación sobre solar hipotecado, constituye una excepción para la extensión de la hipoteca.

De hecho la accesión no puede justificar por sí misma la ampliación o extensión de la hipoteca porque es un modo adquisitivo originario exclusivo de la propiedad; no es un modo para adquirir una hipoteca. Consecuen-

temente, la propiedad puede aumentar su base objetiva mediante accesión y, preexistiendo derechos y cargas reales sobre el derecho dominical, estos también acrecientan su objeto. Es decir, la hipoteca como carga real adherida e inseparable del dominio percibe y acumula la extensión que por accesión ha tenido la propiedad. De esta manera, la causa de la extensión se sitúa, precisamente, en esta «inherencia real» que, como rasgo esencial, tienen los derechos y cargas de carácter real⁵⁵. Por lo tanto, la extensión deriva de la peculiar elasticidad que tiene el derecho de propiedad para incrementar su base objetiva básica que se irradia, por la inherencia, al resto de derechos y cargas reales⁵⁶.

6. EL «DERECHO DE PROPIEDAD» COMO REFERENTE EXTENSIVO

La extensión objetiva de la hipoteca tiene como postulado primordial que, precisamente, el objeto «corresponda al propietario» (art. 110.1 LH). Cuando se hipoteca el derecho de propiedad se gravan, naturalmente, todas las facultades que lo integran (en su caso incluso la de sobreedificar). A tal efecto se coordina con el régimen de las accesiones para determinar la titularidad dominical del objeto incrustado en el alcance de la hipoteca: la propiedad adquirida mediante accesión por incorporación natural y mediante accesión por producción industrial (mejoras).

La extensión a ciertas accesiones y mejoras alcanza originariamente a la propiedad y, acaso, puede alcanzar también a la hipoteca. Siendo que la inherencia real, como regla de Derecho material, es sustancial a la hipoteca, la excepcionalidad de la no extensión debe conectarse con las reglas del Derecho registral (hipotecario); específicamente, con los principios de especialidad y de publicidad, asistidos por el de tracto sucesivo. La hipoteca queda estrechamente sujeta por los principios de especialidad y publicidad de modo que la extensión automática por accesión que sí afecta materialmente a la propiedad, solo puede afectar a la hipoteca mediante la expresión registral de las oportunas inscripciones de agregación, agrupación o declaración de obra nueva que, a su vez, requerirán siempre de la voluntad del titular dominical. Las agregaciones de terreno y las nuevas edificaciones construidas son *per se* bienes inmuebles (fincas) que pueden ser objeto de propiedad o derecho real independiente del folio registral y de la hipoteca que existan referidos al suelo; de ese modo la finca que se agrega, se agrupa o, incluso, se segrega, puede ser por sí sola finca, material y registral. Esta aptitud, en cambio, no aparece ni en las plantaciones ni en otras mejoras diversas de las edificaciones y de las agregaciones, de modo que, precisamente por ello, la hipoteca se extiende automáticamente a ellas (CERDEIRA, 2011, 340).

Cuando se origina el fenómeno de la accesión hay que acudir, seguidamente, al tratamiento de la liquidación del «estado posesorio» que, eventualmente, haya que saldar:

1. Las mejoras pertenecen al dueño desde la presunción de que han sido «hechas» por él y a su costa (arts. 358 y 359 CC). En coherencia, encadenada a la misma idea, «las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión» (art. 456 CC). En consecuencia, las transformaciones naturales o industriales que se hayan consumado sobre la cosa permanecen en beneficio del titular del derecho de propiedad de la finca, aunque sometidas siempre a las «expensas» derivadas de la liquidación del régimen posesorio (arts. 453-456 y 458 CC) y la facultad de rechazar la mejora en ciertos casos (art. 363 CC).

2. Se refleja la doble dimensión de las relaciones reales cuando las mejoras proceden de la industria de un tercero, no en otro caso:

a) La titularidad final de los nuevos elementos configuradores del objeto en cuestión, de tal modo que el propietario hace suyas las mejoras, con las indemnizaciones correspondientes al que obra de buena fe, o puede rehusarlas (arts. 361, 363 y 365 CC). Las mejoras realizadas por un tercer poseedor acaban perteneciendo al propietario si, pudiendo rehusarlas, no las desecha y, en su caso, asume las cargas vinculadas a su adquisición.

b) El tratamiento de los gastos para determinar su satisfacción entre los poseedores discrepantes mediante criterios que pretenden evitar el enriquecimiento injusto. Por el lado del vencedor se atiende a la necesidad del gasto que redundará en un aumento patrimonial de aquel; y a la utilidad que supone. Por la parte del vencido, se toma en consideración su buena fe como factor legitimador del gasto que ha de serle restituído.

La cuestión no es, por tanto, determinar la incorporación de las mejoras a la propiedad de la finca, sino «determinar qué posición ha de adjudicarse frente a los derechos de terceros al acreedor hipotecario y al adjudicatario por remate de la finca hipotecada en el supuesto de realización forzosa de la finca» (MONTÉS PENADÉS (2007, 517-518)⁵⁷. El adjudicatario sucede al propietario en la adquisición de las mejoras y, al mismo tiempo, como sucesor en la posesión, queda sometido al régimen de liquidación del estado posesorio anterior⁵⁸.

El adjudicatario o rematante, a cambio de abonar el valor global de la finca, adquiere todo lo que resulte ser propiedad del titular de la finca ejecutada, es decir, con sus accesiones y mejoras. Aquel no se subroga en la posición del propietario; la subrogación afecta, en su caso, a la posesión para verificar y realizar las indemnizaciones oportunas a un poseedor anterior.

Por ello las mejoras que se incorporan al ámbito dominical del hipotecante se transmiten junto con la finca en el proceso de enajenación forzosa; en cambio, la posición que el hipotecante pudiera tener con un tercero por razón de la accesión o la mejora no se transfiere al rematante, con lo que las pretensiones del tercero por tal motivo no se sustanciarán respecto del nuevo adquirente de la finca.

La opción legislativa derivada de la funcionalidad de la hipoteca es que los costes de «conservación» de la finca no sean soportados por el acreedor hipotecario, lo que motiva el régimen de los artículos 110 y 112 LH⁵⁹. Seguramente podría esgrimirse que el artículo 110 LH, al referirse a las mejoras, aludiría a un aumento de valor de la finca experimentado con posterioridad a la constitución de la hipoteca; por tanto, la elevación anterior no podría reputarse como tal, quedando excluida del ámbito de este precepto. Por su parte, en caso de edificación, a pesar de la disociación de titularidades (suelo y vuelo), la enajenación del conjunto solo tiene como salida jurídica la aplicación del criterio del artículo 113 LH (mejoras que no pueden separarse); en ese caso es inevitable que la hipoteca afecte a quien realice la nueva construcción. Precisamente, se recurre a la técnica de la enajenación conjunta y consiguiente distribución del importe obtenido.

1. Para el caso del tercer poseedor se acepta (art. 113.2 LH): el tercero puede optar por exigir el importe de las accesiones o mejoras que no están hipotecadas y no pueden ser separadas sin menoscabo de la finca.

2. Al caso de la nueva edificación, ¿cabe la misma solución facultativa por analogía? ¿O debe extenderse la hipoteca al conjunto para luego enajenar el solar y el edificio repartiendo el valor de cada elemento? La solución analógica presenta el inconveniente de que el artículo 113 LH se refiere al artículo anterior (112 LH), con lo que excluye las nuevas construcciones donde no las había⁶⁰. En cambio, la idea de extender la hipoteca conduce a una solución más apropiada⁶¹.

Justamente por todo ello, de modo preventivo, en la escritura de hipoteca conviene cuidar la «descripción de la finca» porque las tenues distinciones entre obras y construcciones y los modos de extensión natural o convencional y las exclusiones dependen, en muchos casos, del momento en que se hubiese realizado la obra. En consecuencia, la descripción de la finca en la escritura de hipoteca presenta especial interés para reflejar perfectamente su estado material real e, igualmente, los pactos relativos a la extensión del objeto descrito. Específicamente la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral se podrá llevar a efecto mediante la inscripción de plantaciones, edificaciones, instalaciones y otras mejoras incorporadas a la finca (art. 198 LH).

Tras la reforma operada mediante la Ley 13/2015, adicionalmente cabe coordinar la información y los datos existentes sobre la realidad inmobiliaria recogida en el Registro de la Propiedad y en el Catastro Inmobiliario para, con ello, mejorar la «identificación» de los inmuebles y facilitar una más adecuada prestación de los servicios registrales a los particulares y poderes públicos. A tal efecto, la finalidad de la reforma ha sido impulsar la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, mediante un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así alcanzar un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa. Positivamente con ello se profundiza el cimiento que robustece el principio de especialidad, en este caso en lo concerniente a la especificación o determinación de la finca como base del sistema registral y objeto de los derechos reales inscribibles. De ahí la utilidad de su descripción con los datos necesarios para su perfecta individualización y delimitación objetiva sobre la que proyecta sus efectos. Esta identificación se realiza mediante la georreferenciación de sus vértices, y por tanto de sus linderos, bien mediante la expresión de sus coordenadas geográficas en sistema de referencia oficial o bien a través de un plano oficial que a su vez esté georreferenciado.

III. EL PACTO DE EXPANSIÓN

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPANSIVA

La extensión de la hipoteca no tiene, según se ha señalado, ni una única causa, ni una misma técnica de encauzamiento. Lo que sí es característico del sistema vigente es la reducción de los casos de extensión legal y la subordinación de los supuestos excluidos a la extensión «convencional». Delimitado el objeto hipotecado por su propio carácter, con los elementos que posteriormente quedan integrados en su ser por razón de su propia naturaleza, la extensión de la hipoteca tiene como fundamento cardinal o clave de bóveda el propio acuerdo de las partes. Parece coherente con la regla general de que la hipoteca sea un derecho de constitución voluntaria; su alcance, por tanto, también debe venir determinado por el pacto⁶².

La reforma del régimen inicial de la Ley Hipotecaria, como se ha señalado, excluyó ciertos elementos de la extensión legal de la hipoteca para, al mismo tiempo, establecer la extensión de la carga hipotecaria a los mismos mediante pacto expreso o por disposición legal concreta (art. 111 LH).

De esta manera, el alcance de la extensión objetiva de la hipoteca que determinaba la ley puede ser convencionalmente concretado y determinado; las normas en cuestión son dispositivas y, por tanto, las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo con sus «conveniencias» (art. 1255 CC). Efectivamente, la cuestión jurídica cardinal pasa a residir en el alcance y los límites de esta libertad contractual y del acuerdo de las partes en orden, poco probablemente, a *restringir* la aplicación de los artículos 109-110 LH y, seguramente, a *ampliar* la posibilidad que ofrece el artículo 111 LH. En la práctica de la contratación hipotecaria apenas se hallará a un acreedor hipotecario dispuesto a reducir el ámbito objetivo de extensión de la hipoteca previsto por el legislador; sin embargo, el recurso de ampliación que se brinda tiene un marcado carácter de utilidad para consolidar la garantía de responsabilidad de la obligación. En todo caso, la doctrina legal y científica admite pacíficamente la validez del pacto, e incluso su eficacia frente a terceros (dada su constancia registral), al menos, la de aquella cláusula tan habitual en las escrituras de extender la hipoteca a futuras agregaciones y edificaciones, aun cuando luego la finca hipotecada sea transmitida a un tercero⁶³.

Haciendo valer la autonomía de la voluntad, la convención de las partes se refugia en la libertad contractual dentro del respeto a la ley, la moral y el orden público. En origen, la Ley Hipotecaria de 1861 determinaba directamente el alcance de la extensión sin permitir la intervención convencional de los interesados; de hecho, la voluntad de estos se diluye en el criterio de extensión legal por cuanto el legislador fundamenta esa opción en la presunta voluntad del deudor. Este fundamento de la extensión objetiva de la hipoteca pierde su sentido cuando la reforma de la legislación hipotecaria de 1909 confiere absoluto protagonismo a la libertad contractual⁶⁴ con la siguiente peculiaridad: la funcionalidad de la libertad contractual no se utiliza para impedir o limitar la extensión objetiva de la hipoteca, sino para ampliarla a ciertos elementos previstos por la ley⁶⁵. De cualquier modo, el análisis de la operatividad del pacto de las partes sobre la extensión objetiva de la hipoteca se orienta tanto a la vertiente restrictiva, como a la expansiva:

1. La eventual «restricción» convencional de la extensión objetiva legal de la hipoteca viene determinada por establecer previamente la naturaleza dispositiva o imperativa de los artículos 109 y 110 LH. De inicio hay que reafirmar la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes para organizar y proteger sus propios intereses como estimen conveniente de tal modo que, en realidad, no cabe hablar de la existencia de elementos necesariamente naturales o esenciales (y a su lado no esenciales) del propio objeto hipotecado⁶⁶. Consecuentemente, la cuestión principal se centra en descubrir el contenido de esa voluntad cuando se tenga que partir de la

ausencia de declaración expresa y presencia de los múltiples elementos a que se refieren aquellos artículos. Ello en razón de que cada elemento se somete al régimen objetivo de la hipoteca conforme a su propio fundamento y, a su vez, se somete a los principios sustantivos del Derecho inmobiliario (en su caso registral). En este sentido, ya se ha remarcado que la finca se conforma como una entidad compleja por sus elementos y dinámica por su explotación, de modo que el aprovechamiento o destino económico a que el titular lo somete crea y configura un enlace objetivo protegido en todo caso por un nexo jurídico. Esta interrelación de los elementos derivada del ejercicio voluntario de las facultades dominicales exterioriza una coordinación y subordinación económica de carácter objetivo o determinable que debe envolverse en la misma capa jurídica de protección, es decir, el *statu quo* y el *status loci* de la finca (unidad de aprovechamiento) impone el mismo régimen jurídico para su protección y circulación unitaria. Esa unidad orgánica (económica y jurídica) constituye el punto de referencia (patrimonio básico) que el legislador utiliza para establecer el régimen de la extensión objetiva y fomentar el crédito territorial.

No obstante, esta extensión legal está referida a determinados elementos que, a su vez, son de diversa naturaleza y, en su caso, sometidos a los principios del Derecho inmobiliario. En razón de la naturaleza y de los principios generales, resulta evidente que la accesión natural o el exceso de cabida (rectificación registral de la medida superficial) pertenecen propiamente a la finca, es decir, no hay propiamente extensión sino que la hipoteca recae también sobre ellas por ser la misma finca. De modo semejante, una finca registral no puede hipotecarse solo en parte, sino que, en su caso, deberá segregarse la parte correspondiente para constituir otra finca. Por ello, está dinámica innata a la finca derivada de la transformación natural o de la técnica registral no puede ser modulada por la voluntad de las partes para arrinconar su eficacia, sino que aquellos deben someterse a esos efectos inmobiliarios.

Respetando los términos del funcionamiento técnico de la realidad inmobiliaria y registral, las partes pueden convenir, si así lo consienten y asumen, una posible restricción de la extensión objetiva legal de la hipoteca, aunque con ello configuren una unidad económica y jurídica depreciada en su potencialidad y valor. En este sentido, podría pactarse, en aras de resguardar las futuras posibilidades crediticias del deudor, no extender la carga hipotecaria a la elevación de edificios, a ciertas mejoras que se pretendan desarrollar o incluso a las indemnizaciones debidas o concedidas al propietario en razón de los mismos.

2. La probable «ampliación» o extensión convencional del objeto hipotecado puede alcanzar a elementos que no aparecen mencionados en la normativa legal y, aun siendo mencionados, bien son excluidos por la ley

como las agregaciones voluntarias de terrenos y las nuevas construcciones de edificios donde antes no los había; o bien son enumeraciones ejemplificativas que engloban supuestos semejantes como cualquier indemnización en razón del bien hipotecado. En cualquier caso, el pacto sobre la extensión objetiva se utilizará principalmente para desbordar el ámbito referido por el artículo 111 LH y, concretamente, englobar (a) los objetos muebles que se hallen colocados de modo «permanente» en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto⁶⁷, es decir, los objetos que con carácter transitorio se hallen en la finca no quedan vinculados a la hipoteca y circularán conforme a los principios civiles sobre los bienes muebles; (b) los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren; y (c) las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada⁶⁸.

La extensión convencional requiere, por ser requisito esencial (art. 1857.2 CC), que los elementos afectados sean propiedad del dueño de la finca⁶⁹. En consecuencia, efectivamente, por su naturaleza no absoluta sino relativa, tiene un tope que limita su propio alcance: la existencia de un tercer poseedor⁷⁰. El régimen de la extensión objetiva de la hipoteca queda demarcado por los artículos 112 y 133 LH, eso sí, siempre que (a) no haya otro pacto entre aquel y el acreedor hipotecario para estipular el ámbito de la carga; o (b) el pacto de extensión se haya inscrito en el Registro de la Propiedad de modo que su carácter real y público afecte también al tercero (eficacia *erga omnes*). El régimen limitador respecto del tercer poseedor es imperativo y, por tanto, no puede ser trastornado por la libertad contractual sin la intervención directa o indirecta del propio tercer poseedor⁷¹.

En cualquier caso, el pacto debe ser «expreso», aunque se admite que pueda ser convenida de modo genérico (extensión a los bienes contemplados en el art. 111 LH) o, en su caso, señalando cada uno de los bienes a los que se extiende la carga hipotecaria. A pesar de que la ley literalmente exige el carácter «expreso» del pacto, ello no significa que los objetos afectados por la carga hipotecaria deban enumerarse y describirse específicamente; resulta suficiente una referencia genérica a los bienes señalados en el artículo 111 LH (fórmula más frecuente) o la referencia al contenido de dicha norma. Asimismo, las partes pueden limitar la extensión convencional solo a algunos de los elementos expresados en la norma legal. En este sentido se ha considerado válido incluso el pacto genérico por el que se extiende la hipoteca «a los bienes muebles», sin especificarlos ni concretarlos, entendiéndose que se da a esta expresión el preciso sentido admitido por la ley⁷². En definitiva, es válido el pacto genérico que extiende la hipoteca a los bienes muebles sin concretarlos ni especificarlos, entendiéndose que la expresión se refiere al

sentido preciso que admite la ley; tampoco es necesario que se especifiquen si han sido unidos a la finca de un modo permanente o no⁷³.

2. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA

Conforme a la práctica habitual, la extensión convencional se configura usualmente siempre por exigencia o «imposición» del acreedor al deudor a modo de condición «general» de la contratación. Así lo expresa ROCA SASTRE (1998, 32): «Entre el acreedor y el deudor hipotecario raramente se da la plena o normal libertad de contratación, pues quien necesita dinero se halla en una situación de inferioridad económica respecto del que lo da; el deudor, al concertar un préstamo hipotecario, frecuentemente sucumbe a las exigencias, algunas veces inmoderadas, del prestamista, siendo natural que este no renuncie a una extensión de la garantía que precisamente la Ley le autoriza a exigir». Frente a la inicial y rígida presunción de voluntad en que se asentaba la extensión de la hipoteca, en el sistema vigente el ejercicio de la autonomía delimitadora de aquella se convierte en exigencia del acreedor que requerirá siempre el pacto de extensión hipotecaria. La presencia constante del pacto denota que, en realidad, ha devenido en una cláusula de estilo impuesta por el acreedor en todo contrato de hipoteca porque la libertad de contratación del deudor se limita habitualmente a la mera facultad de contratar, con escaso margen de negociación del clausulado, y precisamente la ley facilita al acreedor la posibilidad de exigir tal extensión; especialmente la práctica bancaria hipotecaria se ha encargado de ello⁷⁴.

En el inicio de la dinámica negociadora, a partir de la perspectiva de los principios jurídicos la «información» se concibe como un remedio equilibrado entre la autonomía de la voluntad y la libertad de mercado, de modo que, desde la aparición de la contratación en masa, la técnica de suministrar toda la información necesaria para la toma de decisiones contractuales (información precontractual) viene a constituir, precisamente, el principio de política legislativa sobre la que gravita el régimen normativo de defensa de los consumidores. En el crédito hipotecario, dicha información precontractual se centra, no solo en los aspectos estáticos y dinámicos de la obligación garantizada, sino también en la determinación del objeto (elemento patrimonial) que, en su estatuto jurídico, soporta la carga hipotecaria⁷⁵. En este segundo plano es en el que, quizás, exista especial dificultad para comprender los conceptos y elementos, no ya del crédito garantizado, sino de «conformación de la hipoteca» y las consecuencias derivadas de su inclusión, desconociendo los riesgos y dificultades que en el futuro puedan afectar al propietario. Efectivamente, el legislador, la doctrina legal y la doctrina científica se han preocupado profusamente del régimen del crédito hipotecario regulando los caracteres y requisitos

de la obligación garantizada y, concretamente, el préstamo con interés⁷⁶. En ese terreno, especialmente, el destinado a la compraventa de vivienda al que concurre un clausulado sometido a exhaustivo control de abusividad por las normas protectoras de los consumidores (art. 51 CE), constituido por estipulaciones sobre el pago del préstamo (sistema de amortización, base de cálculo de los intereses ordinarios, cláusula suelo), sobre los intereses de demora y capitalización de intereses (pacto de anatocismo), sobre el vencimiento anticipado y sobre los gastos del préstamo hipotecario. En relación con la garantía hipotecaria, en cambio, el tratamiento se centra en articular, principalmente, el proceso ejecutivo y no tanto el alcance del propio objeto garantizado⁷⁷. Este segundo aspecto también se contempla en el negocio jurídico crediticio y debe ser objeto de análisis bajo los mismos parámetros diseñados para el principal⁷⁸.

En la contratación hipotecaria se impone el pacto de extensión que refuerce la responsabilidad hipotecaria a que queda afecto el bien hipotecado y, para ello, es habitual estipular la exclusión de las excepciones legales para que tanto las accesiones como las agregaciones de terrenos o las nuevas edificaciones, o los bienes muebles que en principio quedan excluidos, sean también objeto de extensión de la hipoteca. Para su delimitación, al contrario que las cláusulas referidas al derecho de crédito garantizado que se dilatan desmesuradamente, las referidas a la extensión objetiva resultan muy escuetas en su transcripción y redacción a modo de meras fórmulas de estilo del siguiente tenor:

- «A todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria».
- «La hipoteca se extiende a los bienes o elementos señalados en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria».
- «La hipoteca que será constituida se extenderá a las accesiones, mejoras e indemnizaciones comprendidas en los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y, por pacto expreso, a los objetos muebles, frutos y rentas mencionados en el artículo 111».
- «La hipoteca se extiende a cuanto determinan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y, además, en virtud de lo expresado, a los objetos colocados permanentemente en la finca hipotecada y a todas las mejoras y obras que existan o en adelante se realicen en dicha finca».

Regularmente se explicita una fórmula más elaborada que atienda expresamente a las nuevas construcciones y futuras edificaciones⁷⁹:

- «La hipoteca constituida se extenderá a los objetos muebles y rentas expresados en el artículo 111 LH y a los edificios construidos en la finca hipotecada por los hipotecantes o deudores».

- «Se entenderán hipotecados los frutos y rentas vencidas y no percibidas al tiempo de reclamarse judicialmente el pago, las obras hechas y hacederas y los bienes de naturaleza mueble que le estén incorporados de una manera permanente».
- «La hipoteca se extenderá a todos los muebles, frutos y rentas que detalla el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, las accesiones y mejoras en los términos del artículo 110 del mencionado cuerpo legal, incluso a las agregaciones y toda clase de construcciones, mayores elevaciones, ampliaciones y obras en profundidad o nuevas».
- «La hipoteca será extensiva a cuanto determinan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 y 217 de su Reglamento, a lo actualmente construido y a lo que en el futuro se pudiera construir y además, por pacto expreso de las partes, a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada».
- «Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca».
- «Extensión de la hipoteca: La hipoteca constituida se extenderá a los objetos muebles, frutos y rentas expresadas en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, así como a cuanto se expresa en los artículos 109 y 110 de dicha Ley y en el 215 de su Reglamento, y particularmente a todos aquellos que expresa y respecto a los que se requiere pacto expreso para que la hipoteca se extienda a ellos. También se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudiera construirse sobre dicha finca. A la extensión de la hipoteca a dichos bienes podrá renunciar expresamente la parte acreedora al solicitar la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento».

La posibilidad de inscribir los pactos por los que se extienda la hipoteca a las edificaciones se reconoce conforme a la siguiente doctrina general: (a) sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere; (b) con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de edificios; (c) pero haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni a la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño⁸⁰.

Respecto de este tipo de cláusulas generales cabe considerar una serie de observaciones generales que modulan su alcance y eficacia:

1. Si la hipoteca se constituye en garantía de préstamos concedidos por entidades de crédito, las cláusulas de remisión a los artículos de la Ley Hipotecaria pueden ser contrarias a la regulación en defensa de los consumidores y usuarios. Además de cumplir los requisitos establecidos para las inscripciones, la cláusula debe estar redactada en términos claros, sencillos y concisos: «Las cláusulas, condiciones o estipulaciones... deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual» (art. 10.1 Ley 26/1984; y conforme al Reglamento notarial).

2. La mención del artículo 109 LH se antoja una redundancia innecesaria por cuanto establece, precisamente, la extensión de la hipoteca a las accesiones, mejoras e indemnizaciones⁸¹.

3. La referencia genérica al artículo 110 LH parece mostrar una voluntad de las partes de hacer aplicable a su caso la norma en su literalidad, es decir, tanto la regla general como las excepciones. Conforme a este entendimiento, se excluye de la extensión tanto la agregación de terrenos por accesión natural, como la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. Sin embargo, en la búsqueda de la voluntad de las partes, es posible interpretar la cláusula también en sentido extensivo⁸².

4. Por su parte, el artículo 111 LH refiere elementos que se excluyen del derecho de hipoteca salvo pacto en contrario, de modo que será necesaria una referencia a estos bienes (muebles, frutos, rentas) si se desea incluirlos en su ámbito objetivo.

5. Finalmente, el artículo 112 LH presenta carácter imperativo y no cabe su derogación por las partes sin, en su caso y posteriormente, la eventual participación del tercer poseedor. De esta manera, las excepciones establecidas a favor del tercer poseedor deben ser respetadas por los constituyentes de la hipoteca; por ello no se admite extender, sin distinciones, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre la finca, sin excluir los casos en que las mismas hubiesen sido costeadas por un tercer poseedor⁸³. Ahora bien, lo que sí puede cuestionarse es el concepto y condición de tercer poseedor cuando la cláusula establece su eficacia sobre aquel «si se subroga en la obligación de pago de la deuda, o descuenta o retiene cantidad para cumplirla»:

- a) Si el tercer adquirente se subroga en la responsabilidad hipotecaria y en la obligación personal garantizada, asume la integridad de la

hipoteca y puede convenirse su extensión a los elementos excluidos por el artículo 112 LH⁸⁴. Sin embargo, puede matizarse que, en tal caso, la extensión solo procederá si el acreedor también consiente la subrogación.

- b) Respecto a la retención o al descuento de parte del precio sin subrogación expresa en la obligación personal, se contraponen dos opiniones: considerar tercer poseedor (extraño a la obligación principal y protegido por la limitación del art. 112 LH) al que descuenta, pero no al que retiene; razonar que ambos asumen tácitamente la obligación garantizada y no pueden ser tenidos como terceros poseedores. En una vía intermedia, es posible defender que la retención y el descuento son pactos en los que el acreedor es ajeno, por lo que no puede pretenderse la extensión de la hipoteca a los elementos en cuestión (ÁVILA NAVARRO, 1990).

La disposición de un pacto de extensión objetiva de la hipoteca supone una restricción aún más intensa de las facultades de uso y disposición del titular dominical que, siempre, debe preservar el valor del inmueble y para cuya defensa se otorga al acreedor hipotecario la acción de devastación (art. 117 LH). Precisamente por ello, la cláusula convencional y expresamente pactada se somete a una interpretación «estricta» en la medida en que representa una excepción a la regla general de las facultades dispositivas del propietario y a mayor abundamiento cuando la duda o ambigüedad pueda favorecer a la parte predisponente que redacta de forma unilateral las estipulaciones del contrato⁸⁵.

3. LOS LÍMITES DE SU EJERCICIO

Las salvedades de la regla de la extensión objetiva de la hipoteca se formulan en torno a tres circunstancias: declaraciones, ampliaciones y limitaciones (art. 1877 CC).

En relación con las manifestaciones de la voluntad o «declaraciones» realizadas por las partes contratantes, los límites a respetar, según la regla general relativa a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), son dos fundamentalmente:

1. Los principios registrales de especialidad y de publicidad constituyen normas imperativas y de orden público que, en todo caso, no pueden ser conculcadas de ningún modo. Por eso no cabe la exclusión de elementos que alterasen la misma finca registral hipotecada, como son los excesos de cabida registrados o la agregación de terrenos por accesión natural; eso

sí, siempre que, cuando sea posible conforme al principio de especialidad, previa y registralmente no se proceda a la oportuna segregación⁸⁶. En este sentido, el pacto de extender la hipoteca a agregaciones o edificaciones futuras solo es válido como promesa de hipoteca (art. 1862 CC), de modo que, tras su realización material y las inscripciones pertinentes, cabrá inscribir sobre ella la escritura de hipoteca en cumplimiento de la promesa por voluntad del propio dueño⁸⁷. Salvo que, desde el principio, conste inscrita la futura edificación como finca registral al amparo del artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso se admite la extensión pactada.

2. Además de no contrariar el orden público, los derechos de terceros también deben respetarse en todo caso (art. 6.2 CC). Con ello se atempera y modula la práctica de incluir convencionalmente en la hipoteca futuras agregaciones o construcciones aunque todavía no haya ningún tercero con derecho real sobre la finca. Así es, indudablemente, en el caso del titular del derecho de superficie previamente constituido y que no puede ser afectado por el pacto de extensión de la posterior hipoteca a la futura edificación; pero también cuando, al momento de constituir la hipoteca, no hay aún tercero alguno y el hipotecante conviene que dicha hipoteca se extienda a las agregaciones o edificaciones que en el futuro sean realizadas tanto por él mismo como por un posterior tercero adquirente de la finca. Dicha convención es una simple promesa de hipoteca de bienes futuros con eficacia personal entre las partes (art. 1862 CC) que no vincula ni perjudica a terceros⁸⁸. Por ende es nulo cualquier pacto para, una vez transmitida la finca hipotecada, incluir las futuras edificaciones o agregaciones de terrenos que realice un tercer poseedor⁸⁹. Cuestión distinta sería que el tercero, al adquirir la finca y realizar la accesión, renunciara a la exclusión de hipoteca⁹⁰; o que el adquirente asumiera también la deuda garantizada por la hipoteca que incluye el pacto de extensión⁹¹.

Efectivamente, ambas vertientes restrictivas de los posibles convenios expansivos que las partes puedan concertar tienen presencia significativa en la práctica hipotecaria y en la jurisprudencia originada a causa de su inteligencia y demarcación:

1. En el marco del límite objetivo se encuentra la cuestión de las cláusulas que permiten ampliar la hipoteca a construcciones futuras. Como se ha señalado, el artículo 110 LH es de carácter dispositivo y, por tanto, las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo con sus convenciones, de modo que se considera válida la cláusula que prevé la ampliación de la hipoteca a construcciones futuras porque la propia expresión del artículo («se entenderán hipotecados») sugiere que la norma opera a falta de concreción por vía convencional o por determinación legal⁹². Este pacto de

extensión de la hipoteca ha sido frecuente en el crédito hipotecario hasta convertirse en una mera cláusula de estilo general que, en ocasiones, no tiene ningún sentido en relación con el objeto que se hipoteca; concretamente es habitual e incoherente en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal⁹³. Por otro lado, las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca a esas nuevas construcciones solo pueden considerarse válidas si se refieren a las realizadas por el propio deudor o por quien se subroga en su lugar⁹⁴, no así si las ha realizado un tercer poseedor, es decir, un adquirente del inmueble que no se subroga en el crédito garantizado⁹⁵. Por esa razón, la cláusula que dispone que «la hipoteca se ampliará a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular» no será inscribible porque vulnera lo dispuesto por el artículo 112 LH que es de carácter imperativo⁹⁶. La Ley ha querido poner este límite imperativo en favor de terceros poseedores para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. Como se ha explicado, la mejora en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía constituye una plusvalía sobrevenida que, a efectos de garantía, puede convenirla el constituyente de la hipoteca respecto de sus propias actuaciones, conforme al alcance relativo (no absoluto) de los pactos inter partes.

2. En el plano subjetivo de la titularidad y la legitimidad, hay que partir de que la hipoteca, como carga real, no afecta a las facultades de disfrute, aprovechamiento y disposición del propietario y este puede, de hecho, retirar los bienes muebles «inmovilizados» y transmitir su dominio a un tercero. En estos casos hay que calibrar las consecuencias que tiene el pacto de extensión de la hipoteca sobre la libertad del dueño de los bienes para desafectarlos y disponer de ellos. La participación del tercero en el acto de transmisión, de inicio, se somete al régimen general de la posesión de los bienes muebles y del principio de la buena fe. Luego se encauza a través del respeto o no perjuicio de los derechos e intereses de terceros, de modo que, si hay un derecho real limitado anteriormente concedido a favor de tercero, simplemente la hipoteca de la finca no alcanza a cubrir aquel derecho porque no habrá sido una hipoteca de la plena propiedad.

Situados los límites generales del pacto extensivo, la regulación de la contratación en masa viene a incidir también sobre aquel desde la doble perspectiva del régimen de las condiciones generales y de la protección del consumidor. El carácter abusivo de las condiciones generales deriva bien del desequilibrio entre las obligaciones contractuales (no cabe en las cláusulas que determinan el objeto de la hipoteca), o bien del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Las cláusulas

establecidas sobre las garantías se han estimado como abusivas, principalmente, cuando la imposición de aquellas son desproporcionadas respecto al riesgo asumido, presumiéndose que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica; o cuando se imponga la carga de la prueba en perjuicio de consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante. Entre las cláusulas controvertidas relativas a la finca gravada, concretamente, se hace presente de forma habitual la relativa a la extensión de la hipoteca a las edificaciones y construcciones en particular, no solo las existentes al tiempo de la constitución de la hipoteca o que se construyan en el futuro, realizadas por el sujeto pasivo constituyente de la garantía o incluso por un tercer poseedor (MANZANO, 2009, 337-339). A este respecto CHICO Y ORTIZ (1989, 1569) ya advertía que «nuestra Ley Hipotecaria... procura el máximo respeto a la autoridad de la voluntad y a los intereses particulares, preferentemente del hipotecante y del tercer poseedor, y sale al paso de una posible abusiva prepotencia económica del acreedor hipotecario, que pretendiera extender la base objetiva de la garantía cuando el valor de la finca cubra suficientemente la suma total de dinero a que asciende la deuda».

Actualmente el control de transparencia parte de la necesaria y adecuada comprensión por parte del garante-consumidor acerca de los riesgos que asume y de su cuantificación, pero con una componente peculiar. En coherencia con la finalidad legal de favorecer la información, se distinguen el conocimiento o comprensión del negocio y la posibilidad de conocer o comprender lo convenido. Después, la cuestión de la transparencia material del predisponente pasa a ser un problema de incorporación de las condiciones generales al contrato que no se realiza por medio del conocimiento de la persona consumidora de las cláusulas incorporadas, sino por tener la posibilidad real de conocerlas⁹⁷. De esta forma el control de transparencia queda al margen de los vicios del consentimiento porque únicamente se requiere que la persona consumidora tenga una posibilidad efectiva de conocer esa cláusula como resultado del cumplimiento por el profesional de sus obligaciones de información previa al contrato, en que consiste la transparencia material⁹⁸. En consecuencia, el negocio hipotecario se perfecciona en la práctica por la mera adhesión manifestando el consentimiento que acredita la existencia del contrato con sus elementos esenciales. Este convenio cardinal es innegable en cuanto a la existencia del contrato, pero queda incierto o equívoco en cuanto a su contenido real; por ello, pesa un especial deber de diligencia sobre el predisponente del derecho de hipoteca (usualmente alguna entidad financiera) a la hora de informar sobre la trascendencia de estas cláusulas⁹⁹.

IV. CONCLUSIONES

I. El acreedor hipotecario pretende la «adherencia» congénita del valor pecuniario del bien hipotecado, junto al mantenimiento de su sustancia o entereza, tanto jurídica como material, de tal modo que su facultad primordial se configura mediante la adquisición de un derecho al valor y su consiguiente conservación. Para colmar dicha pretensión, la extensión objetiva se configura como el conjunto de elementos patrimoniales cuyo valor en cambio que representa, una vez realizado (suma dineraria), pertenecerá al acreedor hipotecario para el pago del crédito; la auténtica utilidad e interés del mecanismo para aquel no es la materialidad del objeto hipotecado sino su valor en ejecución.

II. De hecho la idea de extensión involucra una entidad que, en el momento de constitución de la hipoteca, no está afectada por esta y que, al incorporarse al objeto hipotecado, se hace valer también en la ejecución; por ende, la indemnización no puede considerarse como un fenómeno de incorporación, sino de realización de valor del bien gravado mediante un proceso diferente al ordinario. De igual manera, la garantía hipotecaria puede no incluir elementos presentes *ab initio*, pero ausentes en el momento en que se realiza la garantía; y pueden también ser excluidos aquellos que solo estuvieron presentes constante hipoteca, es decir, entre el momento de su constitución y el de su ejecución, pero que no lo están en este último instante.

III. En consecuencia, se trata de perfilar el ámbito de lo que, en expresión jurisprudencial, se denomina «patrimonio básico hipotecado» o «unidad pertenencial» para, con su determinación, especificar el «fondo íntegro del valor». Para ello, la regulación de la extensión objetiva de la hipoteca se encauza por la senda casuística dirigiendo la concurrencia de los nuevos elementos y las diversas situaciones de la dinámica hipotecaria en un remolino o alboroto asistemático incapaz de estructurar y cohesionar el conjunto de escenarios que se van presentando sucesivamente. La institución solo se puede concebir y explicar desde la propia «inherencia real» de la propiedad y, por prolongación, demás derechos reales como cualidad innata que arrastra la determinación del objeto sometido a la titularidad real y conformadora de una unidad por adherencia al inmueble hipotecado mediante incremento o mejora. Justamente por ello, de modo preventivo, en la escritura de hipoteca conviene ser celosos en la descripción de la finca, las tenues distinciones entre obras y construcciones y los modos de extensión natural o convencional: la descripción de la finca se estima fundamental para reflejar afinadamente su estado material real, junto con la nitidez de las cláusulas relativas a la eventual extensión convencional del objeto descrito.

IV. En su aplicación, la hipoteca queda encadenada por los principios de «especialidad y publicidad» que explican las posibles salvedades a los elementos que, por inherencia, conforman el objeto hipotecado. De esta manera, la extensión automática por accesión, que sí perturba materialmente a la propiedad, solo puede afectar a la hipoteca mediante la expresión registral de las oportunas inscripciones de agregación, agrupación o declaración de obra nueva que, a su vez, requerirán siempre, además del hecho y del derecho a inscribir, de la voluntad del titular dominical. Ello no impide que la hipoteca se extienda legalmente a las edificaciones «preexistentes» en la finca, aunque no hayan sido declaradas como obra nueva y ni siquiera se mencionen en la escritura porque, para entender en tales circunstancias que la hipoteca queda limitada al suelo, el dueño debe declarar la obra y constituir sobre la misma un derecho separado del suelo. Esta razón registral exige, en el plano normativo, reincidir e insistir en las medidas de coordinación del mecanismo registral con la realidad extrarregistral.

V. Respecto a los bienes muebles, la doctrina legal y científica defienden la validez del «pacto genérico» que extiende la hipoteca a aquellos sin concretarlos ni especificarlos, entendiendo que la expresión se refiere al sentido preciso que admite la ley; tampoco es necesario que se especifiquen si han sido unidos a la finca de un modo permanente o no.

VI. Acerca de la garantía hipotecaria, el clausulado se centra en articular, especialmente, el proceso ejecutivo y no tanto el alcance del propio objeto garantizado. Este convenio capital es incuestionable en cuanto a la existencia del contrato, pero queda inseguro o indeterminado en cuanto a su contenido real; por ello, pesa un especial deber de diligencia sobre el predisponente del derecho de hipoteca en el momento de aplicar los principios de «incorporación y transparencia», e informar sobre la trascendencia de dichas cláusulas. Esta regulación del ordenamiento hipotecario español que protege e impulsa la práctica convencional es peculiar respecto de sus antecedentes y de los sistemas jurídicos del entorno, si bien requiere ya de una profunda rearticulación para consolidar este criterio de libertad como modelo moderno que, en cualquier caso, debe amparar a su vez los parámetros de la contratación en masa.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 4 de marzo de 1887 (JC, t. 61, núm. 79)
- Sentencia de 20 de febrero de 1889 (JC, t. 65, núm. 70)
- Sentencia de 7 de mayo de 1890 (JC, t. 67, núm. 147)

- Sentencia de 7 de julio de 1900 (JC, t. 90, núm. 42)
- Sentencia de 3 de enero de 1905 (JC, t. 90, núm. 42)
- Sentencia de 1 de diciembre de 1917 (JC, t. 141, núm. 182)
- Sentencia de 28 de junio de 1928 (JC, t. 184, núm. 73)
- Sentencia de 13 de mayo de 1960 (Roj STS 273/1960)
- Sentencia de 10 de diciembre de 1960 (Roj STS 788/1960)
- Sentencia de 22 de mayo de 1963 (Roj STS 1002/1963)
- Sentencia de 20 de febrero de 1973 (Roj STS 1861/1973)
- Sentencia de 13 de marzo de 1974 (Roj STS 53/1974)
- Sentencia de 26 de marzo de 1984 (Roj STS 231/1984)
- Sentencia de 6 de diciembre de 1985 (Roj STS 1677/1985)
- Sentencia de 14 de marzo de 1986 (Roj STS 1270/1986)
- Sentencia de 31 de octubre de 1986 (Roj STS 5893/1986)
- Sentencia de 14 de marzo de 1987 (Roj STS 1845/1987)
- Sentencia de 3 de julio de 1987 (Roj STS 4672/1987)
- Sentencia de 10 de mayo de 1989 (Roj STS 2908/1989)
- Sentencia de 29 de junio de 1989 (Roj STS 3887/1989)
- Sentencia de 5 de julio de 1990 (Roj STS 5301/1990)
- Sentencia de 15 de noviembre de 1990 (Roj STS 8276/1990)
- Sentencia de 21 de diciembre (Roj STS 9591/1990)
- Sentencia de 2 de enero de 1991 (Roj STS 8/1991)
- Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Roj STS 1171/1991)
- Sentencia de 10 de enero de 1992 (Roj STS 64/1992)
- Sentencia de 20 de marzo de 1992 (Roj STS 2423/1992)
- Sentencia de 14 de octubre de 1993 (Roj STS 6858/1993)
- Sentencia de 16 de octubre de 1993 (Roj STS 17704/1993)
- Sentencia de 24 de febrero de 1994 (Roj STS 1202/1994)
- Sentencia de 6 de abril de 1995 (Roj STS 2039/1995)
- Sentencia de 10 de junio de 1995 (Roj STS 3353/1995)
- Sentencia de 11 de octubre de 1996 (Roj STS 5450/1996)
- Sentencia de 3 de marzo de 1997 (Roj STS 1492/1997)
- Sentencia de 15 de diciembre de 1997 (Roj STS 7672/1997)
- Sentencia de 1 de febrero de 2000 (Roj STS 631/2000)
- Sentencia de 7 de junio de 2000 (Roj STS 4653/2000)
- Sentencia de 14 de diciembre de 2000 (Roj STS 9192/2000)
- Sentencia de 11 de noviembre de 2003 (Roj STS 7053/2003)
- Sentencia de 8 de junio de 2004 (Roj STS 3935/2004)
- Sentencia de 18 de noviembre de 2005 (Roj STS 7011/2005)
- Sentencia de 11 de octubre de 2006 (Roj STS 5887/2006)
- Sentencia de 26 de enero de 2007 (Roj STS 373/2007)
- Sentencia de 28 de mayo de 2007 (Roj STS 3400/2007)
- Sentencia de 27 de junio de 2007 (Roj STS 4476/2007)

- Sentencia de 17 de diciembre de 2007 (Roj STS 8644/2007)
- Sentencia de 19 de junio de 2008 (Roj STS 3119/2008)
- Sentencia de 21 de mayo de 2009 (Roj STS 3161/2009)
- Sentencia de 27 de mayo de 2009 (Roj STS 3564 /2009)
- Sentencia de 28 de noviembre de 2014 (Roj STS 4841/2014)
- Sentencia de 22 de abril de 2015 (Roj STS 1723/2015)
- Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (Roj STS 5618/2015)
- Sentencia de 7 de noviembre de 2017 (Roj STS 3918/2017)
- Sentencia de 5 de febrero de 2018 (Roj STS 313/2018)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 20 de mayo de 1895 (BOE-A-1895-5356)
- Resolución de 22 de diciembre de 1898 (BOE-A-1898-7873)
- Resolución de 24 de noviembre de 1921 (BOE-A-1921-8231)
- Resolución de 11 de diciembre de 1928 (BOE-A-1929-1258)
- Resolución de 15 de junio de 1929 (BOE-A-1929-9316)
- Resolución de 30 de enero de 1931 (BOE-A-1931-41066)
- Resolución de 19 de noviembre de 1943 (BOE-A-1943-11942)
- Resolución de 29 de mayo de 1965 (BOE-A-1965-10978)
- Resolución de 11 de mayo de 1978 (BOE-A-1978-15362)
- Resolución de 5 de noviembre de 1982 (BOE-A-1982-32162)
- Resolución de 6 de febrero de 1986 (BOE-A-1986-4599)
- Resolución de 5 de junio de 1987 (BOE-A-1987-16105)
- Resolución de 23 de octubre de 1987 (BOE-A-1987-25827)
- Resolución de 26 de octubre de 1987 (BOE-A-1987-26113)
- Resolución de 28 de abril de 1992 (BOE-A-1992-12870)
- Resolución de 27 de mayo de 1993 (BOE-A-1993-17219)
- Resolución de 17 de enero de 1994 (BOE-A-1994-3169)
- Resolución de 21 de febrero de 1995 (BOE-A-1995-8966)
- Resolución de 19 de enero de 1996 (BOE-A-1996-4168)
- Resolución de 21 de marzo de 1997 (BOE-A-1997-8923)
- Resolución de 8 de julio de 1997 (BOE-A-1997-18679)
- Resolución de 20 de octubre de 1998 (BOE-A-1998-26980)
- Resolución de 16 de noviembre de 1998 (BOE-A-1998-29171)
- Resolución de 5 de mayo de 2000 (BOE-A-2000-11101)
- Resolución de 14 de marzo de 2001 (BOE-A-2001-7568)
- Resolución de 14 de enero de 2008 (BOA-A-2008-1524)
- Resolución de 21 de diciembre de 2010 (BOE-A-2011-2814)
- Resolución de 25 de marzo de 2011 (BOE-A-2011-7234)
- Resolución de 31 de marzo de 2014 (BOE-A-2014-4713)

- Resolución de 13 de marzo de 2018 (BOE-A-2018-4285)
- Resolución de 24 de octubre de 2018 (BOE-A-2018-15642)
- Resolución de 23 de octubre de 2019 (BOE-A-2019-16840)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (1997). Comentario a la STS de 3 de marzo de 1997, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, 763-774.
- ÁVILA NAVARRO, P. (1990). *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- (1991). Obligaciones y cláusulas accesorias de la hipoteca: problemas y posibles garantías, en *Hipotecas y seguridad jurídica*. Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1980). *La hipoteca (génesis de su estructura y función)*. Madrid: Montecorvo.
- BARRACHINA Y PASTOR, F. (1911). *Derecho Hipotecario y Notarial III. Comentarios a la ley hipotecaria publicada por R.D. de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código civil*. Castellón: J. Armengot e Hijos.
- BLASCO GASCÓ, F. (1994a). *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria (Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado)*. Valencia: Editorial General de Derecho.
- (1994b). La extensión objetiva legal de la hipoteca (los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria), *Revista General de Derecho*, núm. 592-93, 17-79.
- (2000). *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2004). Comentario a STS de 11 de noviembre de 2003, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 953-970.
- CAMPUZANO Y HORMA, F. (1926). *Legislación Hipotecaria*. Madrid: Reus.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria VI*. Pamplona: Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010). Tres cuestiones sobre hipotecas e instalaciones fotovoltaicas, *Diario La Ley*, núm. 7518.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). *Tratado de los derechos de garantía II*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (1998). *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Barcelona: Cedecs.
- (2011). Validez y eficacia del pacto de extensión de hipoteca a las nuevas edificaciones hechas sobre finca hipotecada. Comentario parcial a la RDGRN de 21 de diciembre de 2010, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 331-345.
- (2012a). *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria (Razón, ámbito y disponibilidad de su régimen, general y excepcional)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2012b). Extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras de la finca hipotecada, según nuestra jurisprudencia, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 127-149.

- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2014). *La extensión objetiva de la hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch. Reseña de Salvador CARRIÓN OLMOS, *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, 659-661.
- CHICO Y ORTIZ, JM (1989). *Estudios sobre Derecho Hipotecario II*, 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- CORVO LÓPEZ, FM (2005). Comentario a la STS de 8 de junio de 2004, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 689, 1062-1070.
- DÍEZ GARCÍA, H. (1998). Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1997, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 393-400.
- (2005). Comentario a la STS de 8 de junio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, 705-722.
- GALINDO Y DE VERA, L., y ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1880-1887). *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar IV*. Madrid: Felipe Pinto.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.C., y RUANO BORRELLA, J.P. (1988). Comentario a la RDGRN de 23 de octubre de 1987, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 585, 497-541.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español IV*, Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M. (1843). *Elementos del Derecho Civil y Penal II*. Madrid: Imprenta Don Vicente de Lalama.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Madrid: Revista de Legislación.
- GONZÁLEZ LAGUNA, M., y MANZANO SOLANO, A. (1985). Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 566, 109-211.
- KARRERA EGIALDE, M.M. (2019). Consideraciones sobre la prenda agropecuaria, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 74, 127-151.
- LASO MARTÍNEZ, J.L. (1993). Hipoteca sobre bienes sujetos a proceso de urbanización o edificación, en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 211-232.
- LLOPIS GINER, J.M. (1986). Comentario a la RDGRN de 6 de febrero de 1986, *Revista General de Derecho*, 3821-3824.
- (1993). El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 617, 831-861.
- (1999). La extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas antes de su constitución. Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1997, *Revista de Derecho Privado*, 399-410.
- (2000). Comentario a los artículos 109 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales VII-6º* (dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz). Madrid: Edersa.
- (2011). Artículo 1877 del Código civil, en *Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña y Rosario Valpuesta). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

- MANZANO SOLANO, A. (2009). *Estudios sobre la hipoteca*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MARTÍN OSANTE, L.C. (1993). Comentario a STS de 10 de enero de 1992, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, 203-216.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (2007). La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de «propiedad», en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía. V Encuentro interdisciplinar*. Madrid: Fundación Registral (501-522).
- MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria III*. Madrid: Reus.
- PABLO CONTRERAS, P. (1989). Comentario a la STS de 10 mayo de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, 557-569.
- PANTOJA AGUDO, J.M., y LLORET, A.M. (1861). *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros, con la legislación española... I*. Madrid: Librería de Leocadio López.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. (1940). Extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 3, 7-15; *Información Jurídica. Revista de la Comisión de Legislación Extranjera del Ministerio de Justicia (luego Documentación Jurídica)*, febrero-marzo 1942.
- PRESA DE LA CUESTA, A. (1986). Comentario a la RDGRN de 6 de febrero de 1986, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 878-882.
- RAMOS CHAPARRO, E.J. (1999). Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 1998, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 419-428.
- (2008). *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- RAMOS FOLQUÉS, R. (1954). La regulación jurídico-registral de la edificación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 318-319, 837-871.
- ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1998). *Derecho Hipotecario VIII* (8.ª ed.), Barcelona: Bosch.
- RUBIO GIMENO, G. (2006). Comentario a la STS de 18 de noviembre de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 1517-1533.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (1993). Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones, *Revista de Derecho Privado*, 1993, 906-925.
- SAAVEDRA MONTERO, E. (1996). La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución, *Actualidad Civil*, 633-646.
- (1997). Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma, *Actualidad Civil*, núm. 1, 41-81.
- (1998). Extensión objetiva de la hipoteca. Reclamación de dos nuevas plantas elevadas sobre planta baja inscrita en el Registro con anterioridad a la constitución de la garantía, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 393-400.
- (1998). La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes inmuebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas: análisis del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, *Actualidad Civil*, núm. 4, 939-954.
- (1999). *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*. Madrid: Dykinson.

- SÁNCHEZ DE FRUTOS, R. (1991). La hipoteca y la legislación de defensa de los consumidores, *Hipotecas y seguridad jurídica*. Madrid: Colegio de Registradores (173-208).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2008). *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*. Madrid: Fundación Registral.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2005). Extensión objetiva de finca hipotecada no descrita en la inscripción registral ni en la escritura de préstamo hipotecario ejecutada: Comentario a la STS de 8 de junio de 2004 (RJ 2004, 3817), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 343-350.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (1996). *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*. Madrid: McGraw-Hill.
- (1999). *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 3097-3141.

NOTAS

¹ Análisis de su naturaleza jurídica en CERDEIRA (1998).

² La RDGRN de 5 de junio de 1987 reseña que «la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una *excesiva complejidad*, cuando no ininteligibilidad del mecanismo negocial instrumentado en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales, con el consiguiente detrimento para el tráfico inmobiliario. Efectivamente, junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes, cargas y límites a cargo del deudor o del hipotecante, e incluso del tercer poseedor, a los que se intenta dar alcance real ya en cuanto integradas en una situación jurídica unitaria modalizadora del contenido normal del dominio sobre el inmueble gravado, ya como obligaciones accesorias cuyo incumplimiento provoca el vencimiento anticipado del crédito garantizado».

³ Esa huella permanece aún en la enumeración ejemplificativa de las mejoras que recoge el artículo 110.1 LH.

⁴ En este sentido, es significativo y revelador 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 (BOE 23 julio 1997): «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues, la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una *alteración* en las *titularidades* inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación». Vid. el extenso y riguroso trabajo monográfico sobre la hipoteca de bienes sujetos a procesos de urbanización de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (1999).

⁵ El sistema se arbitra, técnicamente, para *enfocar con nitidez* la garantía hipotecaria sobre los *bienes a que afecta*, precisamente para conseguir que los afecte (BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1980, 312).

⁶ STS de 10 de mayo de 1989, comentada por PABLO CONTRERAS (1989). Como consecuencia de este régimen, la hipoteca inmobiliaria, de inscripción constitutiva, no se

amolda a la publicidad de los bienes muebles incorporados o destinados a los inmuebles. Precisamente la dificultad de identificación en tales casos lleva a negar virtualidad a los asientos registrales en relación con los bienes muebles de este tipo.

⁷ La RDGRN de 19 de noviembre de 1943 ya lo señalaba: «En la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino, especificadas en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del Código civil, y por lo que hace referencia a la hipoteca, los artículos 110 siguientes LH permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto expreso para ello. El criterio permisivo de considerar extensiva la hipoteca a los bienes registrados en la manera especial que lo está la red de alumbrado de Villafáfila (que mientras no constituya un gravamen real o se transforme en una concesión administrativa no puede ser objeto de inscripción especial y separada) robustece considerablemente el crédito territorial y, en definitiva, supone un, favorable desarrollo para la industria, una fuente de recursos para los necesitados de numerario y una garantía más firme y sólida para los acreedores».

⁸ Es el caso que presenta SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2000) cuando la hipoteca se constituye sobre una finca, ya solar, en la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario.

⁹ CHICO Y ORTIZ (1989: 1569) reseña que «la extensión objetiva de la hipoteca tiene una diversa repercusión según nos fijemos en aquellas fincas de carácter normal y aquellas otras que tienen un carácter excepcional y en las que suele predominar la unidad orgánica, bien de explotación o de destino. Puede afirmarse que las fincas normales tienen un sustrato material, tangible, compuesto de un trozo de superficie terrestre individualizado por su delimitación geométrica y geográfica, como elementos que son de la naturaleza susceptible de apropiación. Por el contrario, la base económica de las fincas anormales es obra del hombre, y su delimitación tiene, por lo tanto, los rasgos impresos en la naturaleza por la actividad humana. De aquí la importancia que asume la consideración del destino como factor individualizante. Puede decirse, por ello, que las fincas normales se individualizan por su delimitación geográfica o natural, en tanto que las fincas anormales se individualizan por razón del destino que se les asigna».

¹⁰ La RDGRN de 17 de enero de 1994 manifiesta que «debe darse a las hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensibles reducciones de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional (cfr. Resoluciones de 21 de marzo de 1917 y 15 de junio de 1936)».

¹¹ La RDGRN de 23 de octubre de 2019 reseña: «El gravamen hipotecario no comporta por sí ningún tipo de limitación o restricción a las facultades dispositivas del propietario de la finca gravada, pues únicamente sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, y su efectividad se basará en la acción ejecutiva a través de los procedimientos previstos en la Ley. La protección del acreedor hipotecario frente a los actos de riguroso dominio se articulará a través de las normas que regulan la extensión objetiva de la hipoteca y su indivisibilidad y las propias normas hipotecarias sobre tratamiento registral de divisiones, segregaciones, agrupaciones y agregaciones, basadas en la subsistencia inalterada de las cargas existentes, a falta de consentimiento de su titular, por aplicación de los principios registrales de prioridad, legitimación y tracto sucesivo, todo ello, sin perjuicio de admitir la conveniencia de tal intervención para evitar los problemas que pudieran derivarse con posterioridad, singularmente en caso, de ejecución y que habrían de resolverse, en tal caso, en el seno del respectivo procedimiento».

¹² La STS de 23 de diciembre de 2015 justifica las cláusulas sobre seguro: «En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación

legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el artículo 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro».

¹³ La STS de 26 de mayo de 1963 declara: «El *ius distrahendi* o derecho de realización del valor en cambio de la cosa hipotecada presupone el de vinculación, pues la seguridad del cobro efectivo que la hipoteca proporciona exige que desde su constitución quede vinculado dicho valor a tal destino».

¹⁴ BOE-A-1909-8720, 8763, 8802 y 8823.

¹⁵ ROCA SASTRE (1998, 32) opina que «se hizo bien en eliminar la rígida presunción de voluntad en la que se fundaba antiguamente la imposición legal de la extensión de la hipoteca a los muebles, frutos y rentas de la finca hipotecada; pero queda la muy fuerte imposición del acreedor, el cual siempre exigirá el pacto de extensión hipotecaria».

¹⁶ BOE-A-1917-5068. La RDGRN de 30 de enero de 1931 declaró que, «en cuanto a los embargos de frutos y rentas, que forman parte integrante de un predio o de un derecho real al que van íntimamente unidos, solo pueden entenderse embargados hipotecariamente en cuanto la anotación preventiva grave la finca o derecho que los produce, y aun así con las limitaciones que imponen los artículos 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria y la Institución del Registro de prenda agrícola». Sobre la prenda agropecuaria vid. KARRERA EGIALDE (2019).

¹⁷ El Proyecto de Código civil de 1851 extendía la hipoteca solo a los frutos pendientes en cuanto pertenecían al deudor, y la Ley Hipotecaria de 1861 la extendía a los frutos pendientes y a los cogidos pero no levantados ni almacenados. Ahora, el artículo 111.2 LH permite la extensión objetiva convencional de la hipoteca a los frutos «cualquiera que sea la situación en que se encuentren» en el entendido de que los frutos del propietario ya levantados (retirados y transportados) dejan de serlo y pasan a ser bienes muebles que constituyen el objeto de un derecho de propiedad distinto del que recae sobre la finca, con la que ya no guardan ninguna relación.

¹⁸ Esta complejidad normativa se ha considerado «la parte más oscura, la más incongruente con los preceptos del Código civil directa o indirectamente relacionados con ella, aquella en que apenas se aprecia cual pueda ser el criterio seguido para su sistematización» (CAMY, 1983, 496).

¹⁹ BLASCO (1994, 33) concluye: «Parece, pues, que la estructura y contenido de los artículos 109 a 111 LH impiden una exposición sistemática de los elementos o bienes a que se extiende objetivamente la hipoteca salvo la que distinga entre extensión objetiva legal y extensión objetiva convencional o entre extensión respecto del obligado, *rectius* del propietario hipotecante, y del tercer poseedor de finca hipotecada. Tal imposibilidad deriva no tanto de la ausencia de un sistema en nuestro ordenamiento (valdría el casuístico del artículo 334 del Código civil o el derivado de los artículos 887 y 1097 CC) o en la doctrina científica (sería suficiente la distinción entre partes integrantes y pertenencias), cuanto del propio contenido de los artículos 109 a 111 LH y su formulación en juego de excepciones y excepciones de la excepción». Reseña luego que «Roca Sastre realiza una sistematización científica de la regulación legal, reconociendo la dificultad de la misma, en la que distingue elementos integrantes, accesorios o pertenencias, subrogados y transformaciones. Sin embargo, esta sistematización no es pacífica: en alguna de las mencionadas categorías la extensión de la hipoteca se produce *ex lege*, mientras que en otras solo por pacto expreso o disposición legal concreta (lo cual ocurre también incluso en el seno de las propias categorías, como en los accesorios). La inclusión de los llamados elementos subrogados priva de sistematicidad a la exposición puesto que respecto de ellos no se produce extensión alguna, ni siquiera subrogación real, sino modificación de

la garantía real. Finalmente, las categorías conocen importantes excepciones: las nuevas edificaciones donde antes no las hubiera o los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren (o sea, incluso los pendientes), a lo que la hipoteca solo se extiende por pacto expreso o disposición legal concreta» (vid. RÓCA SASTRE, 1998, 4-33).

²⁰ La STS de 10 de diciembre de 1960 definió «como finca al trozo de la superficie terrestre cerrada por una línea poligonal objeto de propiedad que confirma que la línea poligonal es la esencial y lo demás accesorio o coadyuvante de su valor o identificación».

²¹ SSTs de 14 de marzo de 1986 y 14 de marzo de 1987.

²² Como protectora de terceros, el artículo 112 LH es imperativa y de orden público (RDGRN de 23 de octubre de 1987, comentada por GARCÍA-ARANGO y RÚANO: 1988). En todo caso, hay quien ha defendido que el pacto de extensión entre el constituyente y el acreedor, al amparo del 111 LH, una vez inscrito en el Registro de la Propiedad, sería oponible a los terceros por haber adquirido «trascendencia real», de modo que la hipoteca afectaría también a los bienes señalados en dicho pacto, aunque la finca fuese transmitida, porque el tercero sería ya conocedor de la extensión pactada. Opina con razón RAMOS CHAPARRO (2008, 457) que ese es un planteamiento demasiado generalizador y simplista de la oponibilidad, que no tiene en cuenta la verdadera excepción configurada por el artículo 112 LH en relación con los tres preceptos anteriores: (1) Por razones de política legislativa, la ley no quiere que la hipoteca tenga la misma extensión objetiva inter partes que frente a terceros, y excluye, en favor de estos, incluso algunos elementos que pertenecen a la extensión «natural» o legal (como determinadas accesiones inmobiliarias). Considera suficiente que el tercero soporte la carga hipotecaria como tal, sobre el «objeto», sin imponerle, además, que sufra todas las consecuencias de los pactos sobre su «extensión» estipulados por las partes constituyentes. A dicho tercero se le garantiza un ámbito propio de actuación de sus facultades dominicales y la conservación en su patrimonio del valor añadido que él incorpore a la finca, así como de la rentabilidad que le pertenezca a partir de su adquisición. (2) Por su propia literalidad, dicha norma presupone que los constituyentes de la hipoteca pactaron la extensión convencional a los muebles permanentes, frutos y rentas (porque si no, no tendría sentido que estos fuesen excluidos cuando la finca pase a un tercer poseedor); por tanto, aquel pacto pierde su vigencia ante la presencia de nuevos adquirentes y respecto a los elementos incorporados por él. No vale decir que esto solo ocurre si el pacto no se inscribió en el Registro, porque tal inscripción siempre es necesaria a efectos de la ejecución incluso inter partes (cfr. art. 130 LH), de modo que, a pesar de su constancia registral, el tercer poseedor no queda vinculado al pacto de extensión más que respecto a los objetos destinados o incorporados al inmueble por el propietario constituyente de la carga, pero no a los que él destine o incorpore después de la transmisión.

²³ STS de 5 de julio de 1990.

²⁴ Recapitulaciones sobre esta materia: BLASCO (1994), SAAVEDRA (1999) y CHAPARRO (2014). Por su parte, RÓCA SASTRE explica la extensión objetiva de la hipoteca clasificando los elementos de la finca en integrantes, accesorios, subrogados y transformaciones (accesiones y mejoras).

²⁵ Se trata de elementos sobre los que puede pactarse algún tipo de reserva o limitación, sea parcial o absoluta (STS de 10 de junio de 1995).

²⁶ La STS de 28 de noviembre de 2014 ratifica: «Del contenido del artículo 112 de la Ley Hipotecaria se desprende que, al ser costeada por el tercer poseedor, la obra nueva no queda comprendida en la hipoteca y, por tanto, dicho tercer poseedor como dueño del edificio puede exigir su importe de conformidad con lo establecido en el artículo 113».

²⁷ STS de 3 de marzo de 1997 comentada por ÁLVAREZ OLALLA (1997).

²⁸ BLASCO (1994: 70). El autor estima que la subrogación real requiere que el derecho real permanezca idéntico y, en este caso, se cambia la naturaleza del derecho de hipoteca para transformarse en derecho de prenda. En realidad, técnicamente, la subrogación real no está referida al derecho real limitado, sino al objeto del derecho de propiedad y derechos reales limitados (realidad física que es objeto del derecho hipotecable), de

modo que este se mantiene idéntico aunque alterando su objeto: la finca se sustituye, normalmente, por el dinero como objeto del derecho de propiedad que se hace valer como garantía constituyendo un derecho real limitado sobre el mismo; en los casos de indemnización mediante permuta ocurre otro tanto, pero sin alterar la naturaleza del derecho real limitador del derecho de propiedad.

²⁹ Sin embargo, no así en el Decreto 10 de diciembre de 1949, por el que se establece el «régimen de la propiedad» en el África Occidental Española (BOE 13 de enero de 1950): «Se entiende por *finca* a los efectos de este Decreto: la entidad *registral* formada por uno o varios trozos de terrenos que constituyan unidad física o económica y los diversos elementos a ella unidos permanentemente por vínculos de naturaleza material o jurídica para su explotación o destino, bien correspondan a un solo titular o a varios pro indiviso, y los edificios, aunque pertenezcan a diferentes dueños» (art. 56).

³⁰ Comentada por BOSCH CAPDEVILA (2004).

³¹ STS de 7 de mayo de 1890. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 2003 reseña que, «agrupada una finca hipotecada a otra finca, o agregada una porción segregada de una finca hipotecada o una finca independiente hipotecada a otra finca libre, o viceversa, la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones agregadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 110.1 LH, el cual dispone que no se entenderán hipotecados con la finca gravada».

³² La STS de 13 de mayo de 1960 señala que, «para ello, basta recordar el concepto finca dentro de nuestro Derecho y la sentencia de este Tribunal de 12 de marzo de 1948. La fisonomía de una finca está determinada por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marca sus linderos, y únicamente la cabida de la misma puede variar cuando tales linderos se modifican o alteran por agregaciones o segregaciones de porciones ciertas y determinadas, de tal manera que el exceso o defecto de cabida significa, no la configuración de una finca nueva, distinta de aquella en que tal efecto se produce, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida de modo exclusivo por sus linderos. La protección se alcanza igualmente aunque los citados linderos no se encuentren debidamente perfilados; lo contrario, equivaldría a permitir que el propietario cuya finca no estuviera específicamente deslindada carecería de acción en los casos en que un tercero perturbara, inquietara o desconociera su derecho».

³³ La RDGRN de 11 de diciembre de 1928 dice que «considerando que en este caso el aumento de referencia no es propiamente una finca nueva y distinta de la hipotecada que deba estimarse como una agregación de terrenos, sino que se trata de una rectificación de cabida hecha por el propio deudor hipotecario, quien adquirió las fincas agrupadas, parte por herencia y parte por donación, y que por la medición practicada resultó con un aumento de 6 Ha., 79 a. y 27 ca., por cuyo motivo no puede en modo alguno apreciarse que el caso está comprendido en el número 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria».

³⁴ La STS de 5 de febrero de 2018 recuerda que «el enriquecimiento injusto, en cuanto fuente de obligaciones, tiene su fundamento en la carencia de razón jurídica para el incremento patrimonial».

³⁵ La STS de 11 de noviembre de 2003 dice que, «agrupada una finca hipotecada a otra finca, o agregada una porción segregada de una finca hipotecada o una finca independiente hipotecada a otra finca libre, o viceversa, la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones agregadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 110.1 de la Ley Hipotecaria, el cual dispone que no se entenderán hipotecados con la finca gravada los terrenos agregados, salvo cuando sea por accesión natural».

³⁶ Entre estas deben incluirse, por su importancia práctica, las «obras de urbanización» que se realizan necesariamente sobre la finca clasificada como urbanizable para pasar a ser declarada urbana o solar (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 1999, 235).

³⁷ RAMOS FOLQUÉS (1954, 850) lo reseñaba así: «Si este concepto de edificación nueva (conjunción de suelo y fábrica, y *res nova*) es acertado, resultará fácil la aplicación de las reglas de la accesión y de la extensión legal de la hipoteca. Todo el problema se reducirá al análisis en cada caso concreto de la concurrencia simultánea de los dos requisitos esenciales de la nueva edificación, y determinar en su consecuencia, si nos hallamos frente a la nueva edificación, o frente a una nueva obra de mejora».

³⁸ Caso de la STS de 15 de diciembre de 1997, comentada por DÍEZ GARCÍA (1998) y LLOPIS GINER (1999).

³⁹ La extensión objetiva de la hipoteca a las subedificaciones es de carácter legal y no precisa pacto expreso por la propia naturaleza del bien, poder configurarse como una obra de transformación o, jurídicamente, incluirse en la cláusula genérica «o cualesquiera otras semejantes» del artículo 110.1 LH (BLASCO, 1994, 58). En contra se manifiesta LLOPIS GINER (1999, 404) quien defiende la equiparación de los casos de elevación y de obras en el subsuelo.

⁴⁰ GALINDO y ESCOSURA (1880-1887, 121): «También quedan hipotecadas todas las mejoras que consistan en plantaciones, obras de riego ó desagüe, y las que se hagan en los edificios. Todas estas disposiciones se rigen por el principio de que lo accesorio sigue a su principal... Pero como para que una cosa sea accesorio de otra, se necesita que formen ambas una entidad, pueden oponerse objeciones a la extensión que el artículo da a la de los edificios; unas veces, por conceder más de lo que razonablemente puede concederse; otras, por conceder menos de lo que exigen los principios de derecho».

⁴¹ ROCA SASTRE (1998, 23).

⁴² La STS de 18 de noviembre de 2005 (comentada por RUBIO GIMENO, 2006) sostiene que «el artículo 112 LH no menciona la nueva construcción de edificio donde antes no lo hubiere, sino que se refiere a los muebles colocados permanente en los edificios y mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unas y otras se hayan costeado por el nuevo dueño, así como a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo; y el artículo 113 LH aunque alude al dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, precisa a continuación *según lo dispuesto en el artículo anterior* con lo que limita su alcance al precepto precedente».

⁴³ STS de 2 de enero de 1991.

⁴⁴ En el caso de la STS de 2 de enero de 1991: «(a) En primer lugar hay un pacto claramente establecido de que el gravamen se extiende a “las obras nuevas, hechas y hacederas”, lo que significa, sin lugar a dudas, que la hipoteca se extiende por pacto a las obras “nuevas”, es decir al 90 por 100 de la obra ya hecha al nacer el gravamen, y, además a lo que faltaba de ella, es decir hasta su terminación, porque este resto de obra que faltaba al constituirse la hipoteca es indudablemente una obra “hacedera”; (b) En segundo lugar el artículo 110.1 LH entiende hipotecados juntamente con la finca, aunque no se menciona en el contrato, entre otras, las obras que no consistan en “nueva” construcción de edificios “donde antes no los hubiere”; y resulta probado que al constituirse la hipoteca había un edificio “ya construido” en casi su totalidad; luego no puede hablarse, como es el supuesto de hecho del precepto invocado, que “después” de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios; (c) Por último, al partirse de la obligatoriedad del pacto o cláusula 2.^a de la escritura de hipoteca no tiene lugar la aplicación del artículo 111 de la Ley Hipotecaria también invocado».

⁴⁵ El legislador fue consciente de ello desde su mismo origen en las discusiones parlamentarias de la Ley Hipotecaria de 1861. Concretamente, a la pregunta de cómo hacer efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el terreno excluyendo al edificio (ORTIZ DE ZARATE), se responde indicando que el suelo y el edificio se enajenarán juntos, para que luego el acreedor hipotecario adquiera solo al valor del suelo (PERMANYER).

⁴⁶ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (1999, 387) realiza, con cautela, la siguiente propuesta de interpretación que, acaso, el legislador debiera disponer distinguiendo el

régimen de los inmuebles en razón de su naturaleza rústica (tratamiento tradicional) y urbana (base urbanística): «Si se trata de una *propiedad urbana*, cuyo destino funcional e impuesto por ley y por el planeamiento es la edificación, la *regla de extensión objetiva natural a los nuevos edificios* estaría en parte justificada dado el *destino impuesto en tiempo y plazo regulado* en el modelo urbanístico radical instituido en la Ley del Suelo de 1992 (en que la adquisición de las facultades urbanísticas quedaba condicionada al debido cumplimiento en tiempo y plazo de los deberes legales urbanísticos), o *normalmente esperado* de la propiedad de naturaleza urbana regulada bajo el modelo flexible instituido en 1998 (en el que lo que se condiciona al cumplimiento de los deberes urbanísticos es el ejercicio del derecho y no su adquisición)».

⁴⁷ STS de 27 de mayo de 2009.

⁴⁸ Esta pauta general tiene dos importantes matizaciones: por un lado, la presunción rige también cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, pero siempre que dicha representación haya sido validada previamente por el Catastro o hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica (art. 10.5.2 LH); por otro lado, a los efectos de la aplicación de esa presunción, no se considerará suficiente la comprobación o validación que se hubiera realizado por los registradores a los solos efectos de hacer constar la referencia catastral al margen de la inscripción de la finca conforme al artículo 53.5.1 de la Ley 13/1996 (DF 4.^a Ley 13/2015). En cualquier caso, nótese que la presunción (*iuris tantum*) no recae sobre la superficie de la finca sino que se refiere a la «localización» geográfica de finca dentro de unos determinados vértices.

⁴⁹ Por eso, explica CERDEIRA (2011 y 2012), las excepciones contenidas en la Ley Hipotecaria a la extensión de la hipoteca tienen su fundamento en razones registrales porque requieren declarar un hecho (obra nueva) y un derecho (propiedad sobre la obra) unida a la voluntad de que así conste en el Registro de la Propiedad.

⁵⁰ STS de 7 de junio de 2000.

⁵¹ Por ejemplo, hacer constar el específico destino industrial o negocial del inmueble hipotecado.

⁵² El artículo 1129 del Código civil, tras establecer que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo... cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías (a que estuviese comprometido) después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran», exceptúa el caso de que «sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

⁵³ Reseñas doctrinales en BLASCO (1994a, 24) y CERDEIRA (2011, 335).

⁵⁴ La STS de 28 de febrero de 1991 dice que «el soporte jurídico básico del máximo alcance de la extensión de la hipoteca es precisamente el artículo 111 LH que en combinación con la cláusula de la escritura de constitución de la hipoteca, relativa al contenido pactado de la misma, comprende en su ámbito aplicativo los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada para el servicio de alguna industria y tal carácter tienen, desde luego, el mobiliario, los enseres, utensilios, objetos de adorno y demás elementos mobiliarios que componen la total dotación mobiliaria de un hotel, en cuanto que los servicios propios de hospedería, manutención y celebración de actos sociales, festejos o agasajos que presta así lo exige, en consonancia con el rango que determina su categoría o clasificación administrativa, de alta calidad en el caso presente». Por su parte, la STS de 1 de febrero de 2000 sostiene que «el título respecto de lo construido deriva (fuerza expansiva de la propiedad del suelo) del título de dominio sobre la finca, y el título inscrito sobre esta se reconoce en la propia Sentencia; sin que nada obste el que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación, habida cuenta los principios que rigen la accesión en los artículos 358 y 359 del Código civil, como tampoco habría sido preciso tal constancia registral, en el caso de haberse hipotecado la finca, pues al tratarse de una construcción anterior a la

hipoteca formaría parte *ab initio* del objeto de esta, y por las mismas razones anteriores (art. 110.1 LH *a contrario sensu*). En la doctrina oficial, la RDGRN de 6 de febrero de 1986 (comentada por LLOPIS GINER, 1986; y por PRESA DE LA CUESTA, 1986) defiende que, «considerando por tanto que la inscripción de la declaración de obra nueva de (a vivienda constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca» pues esta se extenderá a aquella aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 LH), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código civil, y precisamente es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita el que cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, puede surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión de gravamen, o bien se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión, aunque en este caso concreto sobra tal discusión, ya que por pacto la hipoteca se extiende a las ulteriores edificaciones».

⁵⁵ Por eso la STS de 20 de marzo de 1992 puede fundamentar la extensión de la hipoteca en tales artículos 1876 del Código civil y 104 LH: «La hipoteca... como tal gravamen se proyecta, en su dimensión garantizadora de los derechos del acreedor-prestamista, sobre el terreno que era el que tenía constancia registral y sin perjuicio de su extensión al edificio levantado sobre el mismo, dado su naturaleza de derecho real inmobiliario, produciendo la sujeción directa e inmediata de la parcela en debate, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (arts. 1876 CC y 104 LH), y, mientras no se cancele, se mantiene subsistente sobre la totalidad de los bienes hipotecados, sin perjuicio de que se reduzca la obligación y también sobre cualquier parte de los mismos que se conserven, aunque los restantes hayan desaparecido (art. 122 LH)».

⁵⁶ Esta idea, recalcada por CERDEIRA (2011 y 2012), se plasmaba ya en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «*Sirvióles de fundamento que todas las agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían a la clase de bienes inmuebles, o bien por su naturaleza, o bien por su adherencia a las que lo eran... Hipoteca que no sigue a la cosa hipotecada no merece llamarse hipoteca*». En consecuencia, la STS de 12 de marzo de 1948 verifica que lo hipotecado es el derecho, y a su través, la finca que sea objeto de él tal como resulte de la realidad.

⁵⁷ El maestro, afinadamente, sintetiza que la «idea de comprensión o extensión de la hipoteca significa que, al exigirse el crédito y quedar impagado, se ha de proceder a realizar la totalidad del valor de la finca hipotecada, y de este modo la finca será sometida a enajenación por la tasación convenida, pero el adjudicatario o rematante adquirirá, mediante el pago de un solo precio, la globalidad del valor, comprendiendo las accesiones naturales y las mejoras, que, por otra parte, no darán derecho a indemnización a cargo del adquirente, sea cual fuere la relación entre el dueño de la finca o hipotecante y los que hayan realizado o llevado a cabo las mejoras, entre las cuales puede encontrarse la edificación, si es que hay pacto expreso sobre la extensión de la hipoteca. Esto es que el rematante o adjudicatario adquirirá la finca con sus accesiones y mejoras y no quedará subrogado en la posición del hipotecante que, en cuanto sucesor en la posesión, ha de verificar determinadas indemnizaciones a un poseedor anterior. La regla es que se transmite al adjudicatario todo lo que resulte ser propiedad del deudor hipotecario o del hipotecante por débito ajeno titular del dominio sobre la finca».

⁵⁸ Atendiendo, obviamente, las regulaciones especiales sobre la situación del usufructuario sobre las mejoras (arts. 487 y 488 CC) y las reparaciones extraordinarias (art. 502 CC); y de los arrendatarios en general (art. 1573 CC), de los rústicos (arts. 20 y 21 LAR) y de los urbanos (arts. 22 y 30 LAU). En todo caso, «la equiparación que se establece corrientemente entre propiedad de bienes inmuebles y titularidad de derechos reales sobre bienes raíces, permite atribuir al titular de una finca sujeta a reserva o fideicomiso, al enfiteuta, al usufructuario, y también al arrendatario, derechos que aparecen concedi-

dos con frase poco precisa al propietario de una finca... La cuestión que se plantea al definir el alcance de los artículos 110 y siguientes LH sobre extensión de la hipoteca a las accesiones, mejoras, indemnizaciones, muebles, frutas y rentas, no puede decidirse en el sentido de que tales preceptos solamente se aplican a la hipoteca constituida por el propietario absoluto, y nunca a los reservistas, enfiteutas, fiduciarios, usufructuarios y arrendatarios, porque con tal doctrina quedarían deficientemente reglamentadas la mayor parte de las hipotecas constituidas sobre derechos reales enajenables, a pesar de que en estos casos cabe aplicar la doctrina general sobre extensión de la responsabilidad hipotecaria con los matices y restricciones impuestos por cada figura jurídica» (RDGRN de 15 de junio de 1929).

⁵⁹ Justifica el régimen del acreedor refaccionario que puede anotar preventivamente su preferencia (art. 42.8 LH): «Si la finca que haya de ser objeto de la refacción estuviere sujeta a cargas o derechos reales inscritos, no se hará la anotación, sino bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas a cuyo favor estuviere constituidas aquellas sobre el objeto de la refacción misma y el valor de la finca antes de empezar las obras, o bien en virtud de providencia judicial, dictada en expediente instruido para hacer constar dicho valor, y con citación de todas las indicadas personas» (art. 61 LH); «Las personas a cuyo favor estuviere constituidos derechos reales sobre la finca refaccionada, cuyo valor se haga constar en la forma prescrita en los artículos precedentes, conservarán su derecho de preferencia respecto al acreedor refaccionario, pero solamente por un valor igual al que se hubiere declarado a la misma finca. El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto a lo que exceda el valor de la finca al de las cargas o derechos reales anteriormente mencionados, y en todo caso, respecto a la diferencia entre el precio dado a la misma finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenación judicial» (art. 64 LH).

⁶⁰ Sobre la aplicación de las reglas del artículo 113 LH al supuesto del artículo 110 LH manifiesta su opinión favorable BERNALDO DE QUIRÓS; y presenta objeciones BLASCO. El tercer poseedor costea las mejoras y es el dueño de las mismas siempre que se trata de obras que no sean de reparación, seguridad o transformación (incluye la sobreelevación, el regadío y el desagüe), o que sean obras de adorno o comodidad. Sin embargo, la posibilidad de separación lleva a pensar que se trata de obras de adorno o comodidad, es decir, la naturaleza de la obra no parece que sea, por tanto, por la posición del tercer poseedor como dueño de las mejoras (en todos los casos, siempre, si será poseedor legítimo).

⁶¹ La falta de declaración registral de obra nueva no incide en la realidad material de la existencia de edificio en la finca hipotecada y sobre ella también recaerá la hipoteca, siempre salvo pacto en contrario: «La cuestión debatida en el presente recurso consiste en determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalé, a la que se extiende la indicada hipoteca, todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido. La mencionada cuestión aparece resuelta en el artículo 110.1 LH, que al tratar de la extensión de la hipoteca, solo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca. Por tanto, la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues esta se extenderá a aquella aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 LH), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código civil y, precisamente, es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita que, cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, pueda surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión de gravamen, o bien se construyó con

posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión, aunque en este caso concreto sobra tal discusión, ya que por pacto la hipoteca se extiende a las posteriores edificaciones. En la escritura calificada no se vulnera el principio de *especialidad* porque se concreta la finca registral sobre la que recae el gravamen, ni tampoco el de *tracto sucesivo* porque la finca figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca» (RDGRN de 6 de febrero de 1986: comentada por LLOPIS GINER, 1986; y PRESA DE LA CUESTA, 1986). El Registro de la Propiedad no acoge bajo su protección datos físicos y descriptivos de la finca, de modo que la hipoteca alcanza al inmueble en el estado en que se encuentre en la realidad extrarregistral, aunque esta difiera del que ofrezca aquel; en todo caso, ello siempre que se pudiera reputar como «accesorio» o parte integrante del inmueble gravado porque, cuando se la considerara como un elemento independiente del objeto gravado, habría que reputarla excluida. Sin embargo, curiosamente, la STS de 8 de junio de 2004 no extiende la hipoteca al considerar que la vivienda tenía «individualidad física y real propia y distinta de la fábrica», de hecho con acceso propio e independiente desde vía pública, por lo que declara que carece de importancia que conste o no se inscriba la vivienda cuya incorporación a la hipoteca constituida sobre la fábrica se reclamaba (comentada por Díez García, 2005; y Corvo López, 2005).

⁶² Sin entrar a considerar el régimen peculiar y la dinámica práctica de las *hipotecas legales*, sean expresas o tácitas.

⁶³ SSTS de 18 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2008 y 21 de mayo de 2009; RRDGRN de 6 de febrero de 1986, 23 y 26 de octubre de 1987, 19 de enero de 1996, 21 de diciembre de 2010 (si bien estas cuatro últimas le niegan al pacto eficacia *erga omnes*) y 24 de octubre de 2018.

⁶⁴ Preámbulo del Real Decreto de 24 de febrero de 1908 (Gaceta de 1 de marzo) que recoge el proyecto de la posterior Ley de 21 de abril de 1909 (Gaceta de 22 de abril): «Se incluyen además otras varias (innovaciones) con alteraciones más profundas o completamente nuevas que se consideran igualmente útiles y conducentes a los fines anteriormente indicados. Se modifican, en primer término, las disposiciones contenidas en los artículos 108, 110 y 112 de la vigente Ley Hipotecaria en cuanto a la extensión o accesión a la hipoteca de los muebles unidos a la finca hipotecada, los frutos ya levantados y rentas vencidas y no pagadas. Por virtud de estas disposiciones, el crédito hipotecario absorbe, por terminante imposición de la ley y no por pacto, en cuyo caso debe siempre respetarse, aquello que el labrador más propia y frecuentemente puede dar en garantía, separada e independientemente de la tierra, dificultando el desarrollo del crédito estrictamente agrícola, sin que abone tal extensión razón alguna lógica, como lo demuestra el artículo 112 al exceptuarla en los casos en que las fincas hipotecadas pasan a manos de un tercer poseedor, no pareciendo en cambio equitativo que forzosamente hayan de quedar siempre hipotecados con la finca dichos muebles, frutos y rentas, sin permitir que los contratantes puedan pactar lo contrario *restringiéndose así la libertad contractual*».

⁶⁵ Así lo destaca BLASCO (1994: 35): «El contenido del artículo 111 LH tras la reforma de 1909 no está formulado en términos de pacto negativo (es decir, salvo pacto en contrario, la hipoteca se extiende...), sino de pacto positivo (salvo pacto en contrario, la hipoteca no se extiende...)».

⁶⁶ STS de 19 de junio de 2008: «Jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que las normas en cuestión son dispositivas, y por tanto las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo con sus conveniencias. La Sala de instancia cita las Sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1993 y 2 de enero de 1991, y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987, y subraya que la propia expresión del precepto («se entenderán hipotecados») sugiere que la norma opera a falta de concreción por vía convencional o por determinación legal. La posibilidad de un pacto modificativo del régimen previsto en el artículo 110 LH se deduce también de otras decisiones, como la STS de 20 de marzo de 1992 y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986 y 19 de enero de 1996.

Y es coherente con lo establecido en otras decisiones respecto de casos que, diferentes del que nos ocupa, guardan relación con el conflicto planteado, tal como ocurre en el STS de 18 de noviembre de 2005, en el que no hubo pacto sobre extensión, ni expreso ni implícito. Es, además, la *communis opinio doctorum* o doctrina usual. Otra es la regla en el conflicto entre acreedor hipotecario y tercer poseedor de la finca hipotecada, al que se aplican los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987)».

⁶⁷ Cfr. artículo 334, apartados 4, 5, 6, 7 y 9 del Código civil, sobre los muebles que jurídicamente dejan de tener tal carácter por su relación con un inmueble («inmovilización por afección»).

⁶⁸ La extensión de la hipoteca a los bienes muebles y a los frutos proyecta inconvenientes con otras garantías que recaigan sobre esos mismos bienes: no cabe hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento si el objeto está ya afectado por una hipoteca inmobiliaria (arts. 2 y 55 LHM); sin embargo es factible una hipoteca inmobiliaria que afecte a bienes ya sujetos a hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. En este sentido, la RDGRN de 16 de noviembre de 1998 entiende que no cabe inscribir la hipoteca mobiliaria cuando consta inscrita una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a la maquinaria, lo que constituye un defecto insubsanable, sin perjuicio de que el titular de la hipoteca inmobiliaria consienta la cancelación del pacto de extensión a dicha maquinaria; y la RDGRN de 5 de mayo de 2000 considera que, constanding inscrita una hipoteca inmobiliaria con el «pacto de extensión a los bienes muebles» (art. 111.1 LH) no cabe hipoteca mobiliaria de la maquinaria industrial de dicha finca (art. 2 LHM), ni siquiera invocando que los bienes muebles deberían estar determinados en la garantía inmobiliaria (a los que se extiende la hipoteca para que afecte a terceros), porque no lo exige la norma, ni es necesaria su identificación individual, sino únicamente la circunstancia subjetiva de pertenencia de los bienes al hipotecante y no a terceros poseedores, y la circunstancia objetiva de la colocación de los mismos en la finca, para destinarlos a la explotación que en la misma se realice, por todo lo cual no cabe la hipoteca mobiliaria de tal maquinaria.

⁶⁹ La STS de 3 de julio de 1987 reseña esta doctrina jurisprudencial: «El mismo requisito de destino dado por el propietario de los bienes muebles afectados ha de exigirse para que queden incluidos en el gravamen hipotecario del inmueble que los contenga, sin cuyo requisito ha de estimarse ineficaz el pacto expreso de hipotecabilidad que prevé el artículo 111 LH; y ha de ser así, porque de otra forma persona no propietaria podría hipotecar bienes ajenos en perjuicio de su dueño, y sobre todo porque el artículo 1857.2 y 3 del Código civil, establece como requisito esencial de la hipoteca en todo caso, pues no hace distinciones, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad (plena) al que la hipoteca, y que la misma persona propietaria tenga la libre disposición de sus bienes; lo que no puede predicarse de quien adquiere una cosa con reserva de propiedad a favor del transmitente, y menos del que adquiere de quien simplemente es titular con reserva de dominio en tanto la reserva subsista». Más recientemente, STS de 7 de noviembre de 2017.

⁷⁰ La RDGRN de 31 de marzo de 2014 reseña que, «dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito. Como señaló la RDGRN de 19 de enero de 1996, vulneran el artículo 112 LH los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquiera que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que estas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones solo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar. Así pues, respecto de la última cuestión que se discute en este recurso, esto es, si la determinación de la extensión objetiva de la hipoteca, señalando que esta com-

prenderá los elementos mencionados en los artículos 109, 110 y 111 LH, necesita salvar o no los derechos de un tercer poseedor, la respuesta debe ser afirmativa, puesto que al extenderla vía pacto a los elementos del artículo 111 LH, y este precepto se refiere al propietario, pudiendo ser este tanto el hipotecante como un tercer poseedor, al cual, el acuerdo de voluntades anterior no le puede vincular». Ello, según la RDGRN de 13 de marzo de 2018, «porque al adquirir la finca solo queda afectado *ob rem* con la extensión que la hipoteca tenía sobre ella en ese momento. La forma de salvar esos derechos del tercer poseedor admite diversas fórmulas, como la referencia expresa a las limitaciones del artículo 112 LH, la exclusión expresa de la extensión cuando la finca perteneciere a un tercer poseedor, o la restricción expresa de la extensión de la hipoteca únicamente a las construcciones realizadas por el hipotecante deudor o por el adquirente que se subroga en su lugar; pero no es admisible la inscripción de un pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones y demás elementos referidos sin hacer distinciones o limitándolo solo parcialmente».

⁷¹ Doctrina de las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987: «Plantea si puede inscribirse esta cláusula: «Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca». Probablemente la cláusula se acogió por inercia, al ser redactado el contrato (como es tan frecuente en los contratos de adhesión con arreglo a un formulario; pues no hay gran interés en tal cláusula en el presente caso en que el bien hipotecado es un piso en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, el interés, aunque más o menos remoto, no deja de existir, particularmente en la hipótesis posible de transformación de la propiedad del piso en un derecho de cuota sobre el edificio entero, o sobre el solar, al sobrevenir la extinción del régimen de propiedad horizontal. Esto obliga a afrontar, en primer lugar, el grave problema de si cabe inscribir los pactos por los que se extienda la hipoteca a las edificaciones. Y a este respecto la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112 LH) es la siguiente: (1) sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere; (2) con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de edificios; (3) pero, haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni a la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño. La Ley ha querido poner este límite imperativo en favor de terceros poseedores, para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. La «mejora», en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía, constituye un «plus valor» (sino, no sería mejora) sobrevenido que se debe a un tercero (fueron costeadas por el tercer poseedor) y con él no se contó cuando se valoró la finca a efectos de la garantía. En la inscripción de la hipoteca no habrá confusión si, de acuerdo con la escritura, se consigna la existencia de pacto expreso entre acreedor e hipotecante para que la hipoteca se extienda a edificaciones futuras. Pero si los términos de la escritura sobrepasan el alcance relativo que al pacto señala el artículo 112 LH (como ocurre en el caso ahora enjuiciado pues de la escritura resulta que se pretende extender, sin distinciones, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre dicha finca) entonces es procedente la denegación de esta cláusula».

En este ámbito, CARRASCO (2010) analiza el supuesto de «inmueble edificado para uso industrial, cuyo propietario concierta con un tercero un arrendamiento o un derecho de superficie sobre la cubierta del edificio para la construcción y explotación por aquel de una instalación de energía fotovoltaica... Aunque la hipoteca sobre el inmueble subyacente fuere anterior a la construcción del parque fotovoltaico y al derecho de arrendamiento/superficie, y anterior a la eventual hipoteca mobiliaria sobre las instalaciones del arrendatario (de haberla), las instalaciones industriales sobre cubierta erigidas por el tercero

arrendatario o superficiario no son activos a los que se extienda la hipoteca inmobiliaria. El arrendatario o superficiario es un tercer poseedor de la cosa hipotecada (cfr. arts. 127 LH y 662.2 LEC), y la hipoteca sobre el inmueble, incluso con cláusula de extensión a pertenencias (art. 111 LH), no alcanza «a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos y otros se hayan costado por el nuevo dueño» (art. 112 LH). No importa si su derecho de disfrute se encuentre inscrito en el Registro. Ciertamente que el arrendatario no es dueño del inmueble, pero es titular de un derecho de disfrute en cuya virtud ha podido instalar o construir pertenencias de su propiedad en finca ajena. Si la hipoteca inmobiliaria se ejecutara, la suerte de estas instalaciones se regularía por el artículo 113 LH, que concede al titular de las mismas un derecho de separación o de predetracción, según los casos».

⁷² SSTS de 26 de mayo de 1984 y 14 de marzo de 1986, entre otras.

⁷³ Siguiendo la asentada doctrina de la RDGRN de 24 de noviembre de 1921, las STS de 14 de marzo de 1986 y 14 de marzo de 1987 así lo ratifican: «En el citado documento se contiene pacto expreso en orden a la extensión objetiva de la hipoteca, no siendo necesario para su validez y eficacia que en el mismo se especifiquen los muebles, enseres y utensilios que a título de accesorios, elementos integrantes, pertenencias, etc., sean propios de la industria a cuya explotación o desarrollo se destinan».

⁷⁴ La STS de 22 de abril de 2015 describe este modo de operar: «Esta imposición del contenido del contrato no puede identificarse con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo».

⁷⁵ La facultad de inspeccionar también previamente «habrá de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe; no cabe, en cambio, inscribir la facultad, también conferida al acreedor, de determinar por sí a efectos del vencimiento, si el bien hipotecado se encuentra abandonado o derruido» (RDGRN de 20 de mayo de 1987).

⁷⁶ La notoriedad de su trascendencia práctica desde mediados del siglo XX y su posterior exacerbada propagación responde a motivos de política financiera derivadas de las transformaciones sociales y económicas operadas, fundamentalmente, desde la instauración del vigente orden constitucional. Los datos del Anuario de la DGRN revelan este incremento cuantitativo y, al mismo tiempo, el cambio cualitativo en el objeto hipotecado, definitivamente concentrado en la propiedad urbana.

⁷⁷ A pesar de la complejidad de las nuevas unidades hipotecables que han aparecido sucesivamente junto a la mera finca: propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, urbanizaciones privadas, edificaciones adosadas, plazas de garaje y aparcamiento, complejos residenciales y turísticos, etcétera. A ello se añaden nociones provenientes del Derecho urbanístico: parcela urbana, polígono o unidad de actuación y de ejecución, fincas de reemplazo, aprovechamiento urbanístico, etcétera.

⁷⁸ La RDGRN de 22 de julio de 1996 declara: «Resulta aplicable la doctrina de este Centro relativa a la necesidad de distinguir el doble plano, personal y real, en el negocio de concesión de crédito con garantía hipotecaria».

⁷⁹ Con formulaciones diversas: «a las nuevas edificaciones»; «a las nuevas futuras edificaciones»; «a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre dicha finca»; «a toda nueva construcción que se efectuara después de hipotecada la finca»; «a las obras nuevas hechas y hacederas»; «a los edificios construidos en la finca hipotecada por los hipotecantes o deudores»; «a todas las edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen sobre todo o parte de la finca hipotecada».

⁸⁰ RDGRN de 23 de octubre de 1987, comentada por GARCÍA-ARANGO Y RUANO (1988).

⁸¹ Dice la STS de 19 de junio de 2008 que «la invocación del artículo 109 LH es irrelevante: si acaso, el carácter imperativo del precepto implicaría la extensión de la hipoteca a las mejoras sin posibilidad de pacto en contrario y, por ende, a las construcciones realizadas por la recurrente (hipotecante)».

⁸² STS de 20 de febrero de 1973: «Los términos del contrato en cuanto a la referencia que hace a que “la hipoteca se extenderá a todo cuanto señalan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria”, no conducen de forma indudable a la conclusión, que quiere el actor, de reducir la extensión de la hipoteca, al mero solar sobre el que se había construido la factoría; sino que, por el contrario actúa con acierto cuando, conforme a la técnica prescrita en los artículos 1282, 1284 y 1285 del Código civil, que el motivo estima indebidamente aplicados, analiza los actos anteriores simultáneos y posteriores para llegar a la justa conclusión de que no deben de ser excluidas del ámbito de los bienes hipotecados los que pretende excluir el actor».

⁸³ La doctrina de las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 establecen que no es admisible la cláusula por la que se extiende la hipoteca a las edificaciones de nueva construcción, sin precisar o distinguir que no se extiende a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse por el nuevo dueño o tercer poseedor: «El defecto... plantea si puede inscribirse esta cláusula: “Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca”. Probablemente la cláusula se acogió por inercia, al ser redactado el contrato (como es tan frecuente en los contratos de adhesión) con arreglo a un formulario; pues no hay gran interés en tal cláusula en el presente caso en que el bien hipotecado es un piso en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, el interés, aunque más o menos remoto, no deja de existir, particularmente en la hipótesis posible de transformación de la propiedad del piso en un derecho de cuota sobre el edificio entero, o sobre el solar, al sobrevenir la extinción del régimen de propiedad horizontal. Esto obliga a afrontar, en primer lugar, el grave problema de si cabe inscribir los pactos por los que se extienda la hipoteca a las edificaciones, y a este respecto la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112 LH) es la siguiente: (1) Sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere; (2) Con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de edificios; (3) Pero, haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni a la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño. La Ley ha querido poner este límite imperativo en favor de terceros poseedores, para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. La “mejora”, en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía, constituye un “plus valor” (si no, no sería mejora) sobrevenido que se debe a un tercero (fueron costeadas por el tercer poseedor) y con él no se contó cuando se valoró la finca a efectos de la garantía. En la inscripción de la hipoteca no habrá confusión si, de acuerdo con la escritura, se consigna la existencia de pacto expreso entre acreedor e hipotecante para que la hipoteca se extienda a edificaciones futuras. Pero si los términos de la escritura sobrepasan el alcance relativo que al pacto señala el artículo 112 LH (como ocurre en el caso ahora enjuiciado, pues de la escritura resulta que se pretende extender, sin distinción, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre dicha finca) entonces es procedente la denegación de esta cláusula».

⁸⁴ La RDGRN de 19 de enero de 1996 manifiesta: «En la cláusula ahora debatida, no se establece la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el tercer poseedor, sino a las realizadas por el deudor o por quien se subrogue en su lugar,

y no hay razón para que lo que puede pactarse sobre la extensión de la hipoteca frente al deudor originario, no pueda, igualmente, estipularse frente a quien posteriormente asume su misma posición jurídica, tanto en la titularidad pasiva de la deuda, como en la propiedad del bien gravado».

⁸⁵ En este sentido, la STS de 28 de mayo de 2007 expone que: «La sentencia recurrida entiende que la recta inteligencia de la cláusula transcrita solo permite considerar convencionalmente pactada la extensión de la hipoteca a las rentas vendidas y no satisfechas. Dice en este sentido: “Siguiendo esta línea argumental, si el propósito de las partes al tiempo de constituir la hipoteca hubiera sido extender su ámbito convencional a los objetos muebles descritos en el artículo 111.1 (objetos muebles colocados permanentemente para la explotación al servicio de una industria) expresamente así deberían haberse reflejado de forma clara como se hizo respecto de las rentas vendidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Debe prevalecer, por tanto, una interpretación estricta de la cláusula citada, en la medida en que esta representa una excepción a la regla general, sin que en ningún caso la duda o ambigüedad pueda favorecer a la parte predisponente que redacta de forma unilateral las estipulaciones del contrato, asiendo de otro lado claramente contrario a unos mínimos principios de proporcionalidad y justo equilibrio entre la posición que ocupaban cada una de las partes contratantes». Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos compete a la instancia, cuyas conclusiones al respecto han de ser mantenidas en casación salvo que se muestre que son ilógicas, arbitrarias o vulneradoras de algún precepto legal. En el presente caso se estima ilógica la interpretación de la sentencia recurrida, porque no tendría ningún sentido que se hubiese pactado la hipoteca a cuanto determina el artículo 111 LH, ya que el propio precepto dispone que los bienes que enumera (entre ellos los inmuebles por destino) no se entenderán hipotecados «salvo pacto expreso o a disposición legal en contrario». Si la intención de las partes hubiese sido la de que la hipoteca de la bodega no se extendiese a los bienes muebles útiles para su explotación o industria, con no referirse al artículo 111.1 hubiera sido bastante. Pero hubo un pacto expreso que abarca dicho precepto, sin ninguna exclusión. El criterio que se expone ya fue mantenido por esta Sala en casos muy análogos (SSTS de 28 de febrero de 1991, 14 de octubre de 1993 y 6 de abril de 1995)».

⁸⁶ BLASCO (1994a: 35 y 36). En contra, LLOPIS (1999) cuando admite la extensión pactada con eficacia *erga omnes* en tanto que, al tratarse de cosa futura, esté ya descrita en la escritura de hipoteca.

⁸⁷ Para hipotecarlos primero hay que registrar la accesión (inscripciones de agregación o de agrupación de fincas, o declaración de obra nueva) y, después, inscribir sobre ella la oportuna escritura de hipoteca. La STS de 11 de noviembre de 2003 decide no extender la hipoteca a un caso en que de la finca originariamente hipotecada se hubo segregado una porción, de la que se hizo escritura e inscripción de cancelación de la hipoteca que recaía sobre tal finca ya segregada. La misma solución cabe postular de la elevación de edificios o de cualquier otra ampliación (en vertical o en horizontal), cuya exclusión de la extensión de la hipoteca originaria pende de la autonomía registral que, como finca independiente, se le otorgue, o no, a lo ampliado. En cambio, es válido incluir en la hipoteca futuras agregaciones o edificaciones, pero sin que automáticamente acaezca la hipoteca de tales bienes que aún no existen; la hipoteca no se extiende automáticamente a tales inmuebles (bienes futuros) hasta respetar y cumplir el principio de especialidad.

⁸⁸ Puede debatirse sobre la reserva de rango hipotecario para el acreedor hipotecario al momento en que se constituyó la primera hipoteca por aplicación extensiva de los artículos 142 y 143 LH; en todo caso sin perjuicio de los derechos de terceros adquiridos y registrados con anterioridad (SAAVEDRA MONTERO, 1999, 105 y 106; y RAMOS CHAPARRO, 2008,426, 457 y 458).

⁸⁹ Con antecedentes en las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987, la RDGRN de 21 de diciembre de 2010 lo reseña: «Se rechaza por contraria al límite del artículo 112 LH la

inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones (estipulación 22) por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y, en consecuencia, del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito. Como señaló la RDGRN de 19 de enero de 1996, vulneran el artículo 112 LH los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquier que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que estas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones solo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar».

⁹⁰ Caso de la STS de 4 de marzo de 1887.

⁹¹ Caso de la STS de 28 de junio de 1928.

⁹² La STS de 19 de junio de 2008 así lo ratifica: «Hay que convenir con la Sala de instancia en que no puede ser calificada como arbitraria y desproporcionada, ni como abusiva, una cláusula que extiende la garantía real a las edificaciones que se construyan sobre un terreno o junto a otros edificios, pues con tal pacto se pretende que la garantía sea efectiva, a cuyo efecto se trata de obtener, a través de una fórmula convencional, la mejor realización de los bienes afectados. No se perjudica al consumidor de manera desproporcionada o no equitativa, ni, por ende, hay razón para declarar la nulidad de la cláusula... La posibilidad de un pacto modificativo del régimen previsto en el artículo 110 LH se deduce también de otras decisiones, como la STS de 20 de marzo de 1992 y las RRDGRN de 6 de febrero de 1986 y 19 de enero de 1996. Y es coherente con lo establecido en otras decisiones respecto de casos que, diferentes del que nos ocupa, guardan relación con el conflicto planteado, tal como ocurre en el de STS de 18 de noviembre de 2005, en el que no hubo pacto sobre extensión, ni expreso ni implícito. Es, además, la *communis opinio doctorum* o doctrina usual».

⁹³ Así lo reseña la RDGRN de 23 de octubre de 1987, comentada por GARCÍA-ARANGO Y RUANO (1988).

⁹⁴ El adquirente asume también la deuda y pasa a ser parte del pacto hipotecario, lo que impide estimarlo como auténtico tercer poseedor: SSTS de 4 de marzo de 1887 y 28 de junio de 1928; y RRDGRN de 19 de enero de 1996 y 21 de diciembre de 2010.

⁹⁵ BLASCO (1994.^a: 61, nota 75) y RAMOS CHAPARRO (2008: 429). En la jurisprudencia hipotecaria, RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987, 19 de enero de 1996 y 21 de diciembre de 2010.

⁹⁶ Como se ha señalado anteriormente, el pacto de extender la hipoteca a las nuevas construcciones aunque las realice un tercer poseedor es nulo. La RDGRN de 21 de diciembre de 2010 (comentada por CERDEIRA, 2011) lo manifiesta de este modo: «Se rechaza por contraria al límite del artículo 112 LH la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 19 enero 1996, vulneran el artículo 112 LH los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquier que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que estas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones solo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar».

⁹⁷ El control de «incorporación» se regula por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (arts. 5 y 6); básicamente requiere que se informe

de modo particular de las cláusulas fundamentales que, en todo caso, deben redactarse de forma transparente, clara, concreta y sencilla.

⁹⁸ El control de «transparencia» se contempla desde la Directiva 93/13/CEE al determinarse la nulidad de una cláusula que no se negocie individualmente (condición general de contratación) y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Quiere significar que el consumidor debe conocer las consecuencias jurídicas y económicas del negocio y que no basta con facilitar la información, es decir, debe concurrir el entendimiento real de la relevancia y trascendencia jurídica de la cláusula en el contrato; la falta de comprensión de la cláusula puede llevar al error en el consentimiento. En este sentido, el aspecto formal del contrato como «de adhesión» y redactado «con arreglo a un formulario» es importante para apreciar, no solo la cláusula, sino el todo el negocio en conjunto.

⁹⁹ La STS de 22 de abril de 2015 reseña que, «para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario (1) explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa; y (2) que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario».

*Trabajo recibido el 12-3-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

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

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

por

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

RESUMEN: Nuestro Código civil («CC») no define la vivienda familiar y ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido perfilando su concepto.

La STS de 16 de diciembre de 1996 define la vivienda familiar como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc...) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos.

Entre la escasa regulación que el Código civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar y a su protección, destacan, por un lado, los artículos 1320 y 96, párrafo cuarto, que establecen determinadas restricciones a la libre disposición, en los casos de normalidad o convivencia matrimonial y en los casos de crisis matrimonial, respectivamente, y, por otro lado, los concretos preceptos relativos a la vivienda familiar en las particulares situaciones de crisis matrimonial: artículos 90-1, c); 91; 96; 103.^a; 104 y 106; todo ello complementado con los artículos 91-1, 96-2 y 144-5 del Reglamento Hipotecario («RH»).

El presente trabajo, dividido en dos partes, debido a su extensión y amplitud, se basa en la protección del hogar familiar y de la parte con interés familiar prevalente en los casos de crisis matrimonial y, en concreto, en la atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los procesos de nulidad, separación o divorcio, prescindiendo, así, de la protección del hogar familiar y del uso y disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad o convivencia matrimonial.

En esta primera parte del estudio, tras una previa teorización acerca del concepto y caracteres de la vivienda familiar, analizamos con profundidad la naturaleza del peculiar derecho de uso de la vivienda familiar, pues ha sido un tema nada pacífico en la doctrina de los autores, en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») —hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública («DGSJFP»)— y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales menores, que han ido zigzagueando entre considerarlo como una simple facultad de ocupación y nada más, un derecho personal, un derecho real, un derecho «*sui generis*» y, últimamente, un derecho familiar que no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al cónyuge propietario por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Y conviene tener en cuenta que, del prisma con que se enfoque la naturaleza de este derecho de uso, dependerá una cuestión tan delicada como es la oponibilidad del uso frente a terceros y su eficacia «*erga omnes*», así como el alcance de esa oponibilidad y eficacia, con sus consiguientes repercusiones registrales.

Examinamos también el uso de la vivienda familiar en cada una de las tres fases de los procesos de nulidad, separación o divorcio: las medidas provisionales o previas, las medidas provisionales o coetáneas (durante la tramitación del proceso matrimonial) y las medidas definitivas. Dentro de ellas, desgajamos el convenio regulador del artículo 90 del Código civil, adoptado, de común acuerdo, por los cónyuges y, en su defecto, o en caso de no aprobación judicial del mismo, las medidas decretadas subsidiariamente por el juez. Además, se hace una breve y somera referencia (pues no es objeto de desarrollo en el presente trabajo) al convenio regulador en

los expedientes de separación o divorcio formulados ante el letrado de la Administración de Justicia o ante notario.

Por último, concluimos la primera parte estudiando los aspectos registrales de la mentada atribución judicial (con los requisitos exigidos para su registración), así como las repercusiones registrales de los actos dispositivos voluntarios (con los consentimientos requeridos), de los actos dispositivos forzosos, en particular, de la ejecución de una hipoteca o de un embargo (y la adquisición forzosa de la vivienda familiar por un tercero como consecuencia de la ejecución de dichos gravámenes), y de los actos dispositivos por ejercicio de la «*actio communi dividundo*» (en el caso de vivienda familiar perteneciente en «*pro indiviso*» a los dos cónyuges y adquisición de la misma por un tercero como consecuencia de la división de la cosa común), frente al derecho de uso del cónyuge no propietario sobre la vivienda familiar.

ABSTRACT: Our Civil Code («CC») does not define family housing and it has been the doctrine and jurisprudence that have shaped its concept.

The STS of December 16, 1996 defines the family home as the redoubt where the natural person sits and develops, as an elementary refuge that serves to satisfy their primary needs (rest, cleanliness, food, clothing, etc ...) and protection of their privacy (privacy), at the same time that, when there are children, it is also an indispensable aid for their protection and education.

Among the scant regulation that the Civil Code dedicates to the legal regime of family housing and its protection, stand out, on the one hand, articles 1320 and 96, fourth paragraph, which establish certain restrictions on free disposal, in cases of normality or marital coexistence and in cases of marital crisis, respectively, and, on the other hand, the specific precepts relating to family housing in particular situations of marital crisis: articles. 90-1, c); 91; 96; 103rd; 104 and 106; all complemented with articles. 91-1, 96-2 and 144-5 of the Mortgage Regulations («RH»).

The present work, divided into two parts, due to its length and breadth, is based on the protection of the family home and the party with prevailing family interest in cases of marital crisis and, specifically, on the judicial attribution of the use of the family home in nullity, separation or divorce proceedings, thus disregarding the protection of the family home and the use and disposition of the family home in normal situations or married life.

In this first part of the study, after a previous theorization about the concept and characteristics of the family home, we analyze in depth the nature of the peculiar right to use the family home, since it has been a not peaceful issue in the authors' doctrine, in the doctrine of the General Directorate of Registries and Notaries («DGRN») —today, General Directorate of Legal Security and Public Faith («DGSJFP») — and in the jurisprudence of the Supreme Court and lower courts, which have been zigzagging between consider-

ing it as a simple occupation power and nothing else, a personal right, a real right, a «*sui generis*» right and, lately, a family right that does not impose more restrictions than the limitation of disposition imposed on the owner spouse by Article 96, fourth paragraph, of the Civil Code and inscribable in the Property Registry.

And it should be borne in mind that, from the prism with which the nature of this right of use is approached, a matter as delicate as the enforceability of the use against third parties and its «*erga omnes*» effectiveness will depend, as well as the scope of that enforceability, and efficiency, with its consequent registry repercussions.

We also examine the use of the family home in each of the three phases of the nullity, separation or divorce proceedings: the very provisional or previous measures, the provisional or contemporary measures (during the processing of the marriage process) and the definitive measures. Within them, we detach the regulatory agreement of article 90 of the Civil Code, adopted, by common agreement, by the spouses and, failing that, or in case of judicial non-approval of the same, the measures decreed subsidiarily by the judge. In addition, a brief and cursory reference is made (as it is not the object of development in this work) to the regulatory agreement in the separation or divorce files made before the attorney of the Administration of Justice or before a notary public.

Finally, we conclude the first part by studying the registry aspects of the aforementioned judicial attribution (with the requirements demanded for its registration), as well as the registry repercussions of voluntary device acts (with the required consents), of forced device acts, in particular, of the execution of a mortgage or of a seizure (and the forced acquisition of the family home by a third party as a consequence of the execution of said liens), and of the acts established by the exercise of the «*actio communi dividundo*» (in the case of a family home belonging to the two spouses and its acquisition by a third party as a consequence of the division of the common property), against the right of use of the non-owner spouse over the family home.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Nulidad matrimonial, separación o divorcio. Medidas provisionalísimas, provisionales y definitivas. Convenio regulador y sentencia matrimonial. Uso de la vivienda familiar. Naturaleza jurídica. Sujeto titular del uso de la vivienda familiar. Interés jurídico protegido. Inscripción del derecho de uso. Actos dispositivos voluntarios y forzosos. «*Actio communi dividundo*».

KEY WORDS: Marriage crisis. Marriage annulment, separation or divorce. Very provisional, provisional and definitive measures. Regulatory agreement and matrimonial sentence. Use of the family home. Legal nature. Holder

of the use of the family home; protected legal interest. Registration of the right of use. voluntary and forced acts of devices. «Actio communi dividundo».

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.—III. CARACTERES DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDAS DISTINTAS A LA VIVIENDA FAMILIAR: LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS. 2. PLURALIDAD DE VIVIENDAS FAMILIARES. 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE TRASTEROS Y GARAJES.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES. 2. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (HOY DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA) 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—V. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PREVIAS, EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES O COETÁNEAS Y EN LAS MEDIDAS DEFINITIVAS. EL CONVENIO REGULADOR DEL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PREVIAS. 2. LAS MEDIDAS PROVISIONALES O COETÁNEAS: *A. El acuerdo de los cónyuges o convenio regulador presentado ante juez o ante letrado de la Administración de Justicia o notario:* a) El contenido del convenio regulador en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar. b) El convenio regulador en los expedientes de separación o divorcio formulados ante el letrado de la Administración de Justicia o ante notario. *B. La decisión o determinación judicial subsidiaria de las medidas provisionales o coetáneas, en defecto de acuerdo conyugal o convenio regulador.* *C. La anotación preventiva de demanda de la atribución del uso provisional de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, como medida provisional o coetánea.* 3. LAS MEDIDAS DEFINITIVAS: *A. El sujeto titular del uso de la vivienda familiar.* *B. La inscripción del uso de la vivienda familiar, como medida definitiva, y su oponibilidad frente a los actos dispositivos sobre la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido al cónyuge no titular:* a) Actos dispositivos voluntarios, forzosos y por ejercicio de la «*actio communi dividundo*»: a') Actos dispositivos voluntarios y los consentimientos requeridos. b') Actos dispositivos forzosos. La adquisición forzosa de la vivienda familiar por un tercero como consecuencia de la ejecución de una hipoteca o de un embargo. c') Actos dispositivos por ejercicio de la «*actio communi dividundo*». La adquisición de la vivienda familiar por un tercero como consecuencia de la división de la cosa común. b) Los requisitos de la inscripción del uso de la vivienda familiar.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

Pues bien, el objeto del presente trabajo se va a centrar en uno de esos particulares efectos de las crisis matrimoniales, en concreto: la atribución judicial del uso de la vivienda familiar y sus repercusiones registrales.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Como señala MANZANO FERNÁNDEZ¹, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, introducen diversos preceptos en el Código civil que, aparte de incidir en el problema general del derecho a la vivienda, suponen una adaptación de este derecho a las necesidades del grupo familiar, en armonía con nuestra Constitución,

El Código civil no define la vivienda familiar, pues su artículo 70 solamente establece los criterios para la fijación del domicilio conyugal, al decir que «*los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia*». Y, según su artículo 40, el domicilio conyugal es el lugar de residencia habitual.

Sin embargo, conviene analizar el concepto de vivienda familiar, pues en la filosofía del mismo descansan, por un lado, los fundamentos del derecho de uso de la vivienda familiar, en las situaciones normales de convivencia matrimonial, y, por otro lado, los fundamentos de la atribución judicial del

uso de la vivienda familiar, en los casos de crisis matrimonial, por nulidad, separación o divorcio.

Y así, dentro del uso de la vivienda familiar, MANZANO FERNÁNDEZ² distingue, por un lado, el derecho de uso de la vivienda familiar, que es un derecho que corresponde a todos los miembros del grupo familiar y que opera en la situación de normalidad matrimonial, y, por otro lado, el derecho a la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, que es un derecho que corresponde solamente a aquellos miembros de la familia a los que se ha efectuado la atribución de dicho uso y que opera en la situación de crisis matrimonial.

Observa también esta autora que los derechos de uso y de atribución judicial del uso de la vivienda familiar responden a dos principios constitucionales:

a) Un principio general, que es el derecho a la vivienda, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española («CE»), al decir 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...*».

b) Y un principio específico, que es el derecho a la protección a la familia, consagrado en el artículo 39-1 y 2 de la Constitución española, al decir que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos.

Pues bien, bajo ese doble prisma, podemos afirmar que el concepto de vivienda familiar se ha ido perfilando en las sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales inferiores y, también, en la doctrina de los autores.

En efecto, como señalan JUANES PECES y GALVÁN ARIAS³, la SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 1989, a propósito de la vivienda familiar, dice que la Ley de 7 de julio de 1981, modificadora del Código civil en materia de matrimonio, contempla la vivienda familiar como un bien adscrito no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar, aunque, en los casos de quiebra o secesión conyugal e imposibilidad de convivencia conjunta, debe ser adscrita a uno u otro de los esposos. Este concepto de vivienda familiar se advierte en los artículos del Código civil referentes a los efectos o medidas provisionales, provisionales y definitivas de la nulidad, separación o divorcio, en todos los cuales el concepto de vivienda familiar se enuncia con abstracción de si la misma es propiedad de uno u otro cónyuge.

La propia sentencia añade que la Ley contempla la vivienda familiar como un concepto no patrimonial, sino de mero asentamiento o ubicación

del ente pluripersonal que constituye la familia, al servicio de este ente e independiente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda.

Por esta razón, dice la Audiencia que, cuando la familia se enfrenta con una crisis conyugal, normalmente forzadora de la eliminación del hogar de uno de los cónyuges, aquel bien de goce colectivo queda vetado para uno de los cónyuges y pasa al otro, con los hijos, siempre contemplando su beneficio al disfrutar de la vivienda familiar, sea cual fuere el título al que se hubiese llegado y sea cual fuere la procedencia de la titularidad.

De esta manera, JUANES PECES y GALVÁN ARIAS configuran la vivienda familiar como un patrimonio no al servicio de uno de los cónyuges, sino al servicio de la familia, como colectividad, como una especie de propiedad familiar que trasciende a los propios cónyuges.

Y esto es consecuencia obligada de los principios constitucionales de protección de la familia y de protección integral de los hijos, fundamento de los artículos 1320 y 96 del Código civil, pensados, respectivamente, para las situaciones normales de convivencia matrimonial, y para las situaciones de crisis matrimonial, en lo relativo, en ambos casos, a la disponibilidad de la vivienda familiar.

Con respecto a la protección de la vivienda familiar establecida en los expresados artículos 1320 y 96 del Código civil, la Sentencia 135/1986, de 31 de octubre, del Tribunal Constitucional señala que estos dos preceptos responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, es decir, como titular comunitario.

Esta nueva concepción «*sui generis*» de la vivienda familiar supone una alteración del régimen jurídico de la propiedad y conlleva repercusiones trascendentales sobre su disponibilidad y sobre la configuración de la atribución del uso de la vivienda familiar como un derecho personal o real, tal como recalcan los citados autores.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de diciembre de 1994, conceptúa la vivienda familiar como bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

Y la Sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1996 la define como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc...) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos⁴.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, LEFEBVRE⁵ dice que la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus

descendientes más próximos (hijos), y que, a su vez, constituye el núcleo básico de su convivencia, donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Encarna uno de los aspectos de la vida más apreciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar.

III. CARACTERES DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Podemos señalar, con ORDÁS ALONSO⁶, las siguientes notas individualizadoras que caracterizan la vivienda familiar:

1. Ha tratarse de un inmueble, en concreto, una edificación cuyo destino principal sea servir de alojamiento, como vivienda, a las personas (lo que excluye los solares, locales de negocio y fábricas).

Por eso, a juicio de esta autora (y en contra de cierto sector doctrinal), no merecen esta calificación de vivienda las caravanas, barcos, remolques, tiendas de campaña, etc...

En cuanto a las plazas de garaje y trasteros, en mi opinión, se pueden considerar comprendidos dentro del concepto de vivienda familiar porque satisfacen necesidades inherentes a la propia familia, cuando son, si no fincas registrales independientes, sí, al menos, anejos de la vivienda conyugal⁷.

2. Ha de tratarse de una vivienda habitable.

Habitable implica que reúna unos condicionamientos mínimos necesarios para que una familia pueda asentarse y satisfacer sus necesidades primarias.

Por eso, no se integran dentro del concepto de vivienda familiar una choza, una cabaña, una casa en ruinas, un establo, un almacén, etc...

3. Ha de tratarse de una vivienda familiar, en el sentido de afectada a las necesidades de la familia.

Por eso, no reúne esa condición el piso habitado únicamente por uno de los cónyuges, por motivos laborales, en lugar distinto de donde reside la familia. Pero sí deberá tener tal consideración si el piso está al servicio de cualquier miembro de la familia, indistintamente.

Y, por lo que respecta a los inmuebles con un destino mixto (doble destino), ej., un inmueble con despacho para el ejercicio de una profesión liberal y vivienda, ORDÁS ALONSO y CUENA CASAS⁸ se inclinan por no excluir dicho inmueble de la especial protección que la ley asigna a la vivienda familiar.

4. Ha de tratarse de la vivienda o residencia habitual, es decir, ocupada de hecho y con habitualidad (el llamado «*animus perpetuo commorandi*»).

Por eso, para RODRÍGUEZ LÓPEZ⁹, quedan excluidas las residencias secundarias, viviendas de temporada o fincas de recreo, lo que no excluye

la posibilidad de existencia de varias viviendas habituales de la familia, que no produce interrupción de la convivencia, si la existencia de aquellas obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de análoga naturaleza.

Por otra parte, dice ORDÁS ALONSO que resulta indiferente, a la hora de calificar una vivienda como familiar, el mayor o menor tiempo durante el cual la pareja y, su caso, sus hijos vivieron en la misma; es decir, no se exige un tiempo mínimo configurado como requisito imprescindible para calificar a una vivienda como familiar.

5. Ha de tratarse de la vivienda que reúna el carácter de residencia permanente, de modo que la ocupación de aquella no esté concebida con ánimo de transitoriedad.

Ahora bien, el carácter familiar de la vivienda no se pierde por el hecho de que, periódicamente, no sea ocupada (p. ej., durante las vacaciones o los fines de semana).

6. Y ha de tratarse de la vivienda actual de la familia, porque el concepto de vivienda familiar hay que referirlo a la situación previa a la ruptura conyugal.

De este modo, como pone de relieve LEFEBVRE¹⁰, a los efectos de determinar cuál es la vivienda familiar y aplicar el artículo 96 del Código civil, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de mayo de 2012, que fija doctrina jurisprudencial, exige que la vivienda constituya la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.

Por ello, como regla de principio, el juez, en los procedimientos matrimoniales contenciosos o no consensuales (o sea, con oposición de uno de los cónyuges), no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar. Esto es así porque la vivienda familiar es aquella que es ocupada por los cónyuges y por los hijos en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia¹¹.

Lo que pretende el artículo 96 del Código civil, al atribuir la vivienda familiar al progenitor con quien los hijos conviven, es evitar que, a la separación o divorcio de los padres, que amenaza el bienestar de dichos hijos, se sume la pérdida de la vivienda en la que estos han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres, con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Ahora bien, puede ocurrir que exista una vivienda, todavía no habitada, pero que esté llamada a ser la vivienda familiar, es decir, que tenga vocación de convertirse en la residencia familiar. En este supuesto, a juicio de ORDÁS ALONSO, nada hay que objetar a la atribución del uso de este inmueble como vivienda familiar.

1. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDAS DISTINTAS A LA VIVIENDA FAMILIAR:
LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS

Como regla general, en los procedimientos matrimoniales contenciosos o no consensuales, el juez ha de atribuir el uso de lo que, efectivamente, ha sido vivienda familiar antes de la crisis matrimonial, dada la literalidad y los términos taxativos del artículo 96 del Código civil, que impide atribuir el uso de una vivienda que no haya sido la familiar.

Por eso, como dice LEFEBVRE¹², si los cónyuges disfrutaban de varias viviendas constante la convivencia matrimonial, será necesario determinar cuál ha sido la vivienda familiar con anterioridad a la ruptura de esa convivencia.

Pues bien, con relación a ello, han sido harto dispares los pronunciamientos judiciales.

Y así, ha habido sentencias que, desde el prisma estricto del artículo 96 del Código civil, conceptúan la vivienda familiar como aquella que constituye el cobijo y alojamiento habitual del grupo familiar, quedando excluidas, en consecuencia, las viviendas de mero recreo y aquellas cuyo uso se limitaba a determinadas temporadas (fines de semana, vacaciones, etc...), es decir, las llamadas segundas residencias¹³.

Esto significa que es difícil hablar de varias viviendas familiares, pues, en sí, la vivienda familiar solo será una: la que constituya el centro neurálgico de la familia, en una interpretación estricta del artículo 96 del Código civil¹⁴.

Esta interpretación jurisprudencial ha sido la más común o mayoritaria, al proclamar que, en los procedimientos matrimoniales, únicamente cabe pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y no sobre otras posibles viviendas de las que sean propietarios los cónyuges, como las llamadas segundas residencias¹⁵.

En cambio, otras sentencias, siguiendo el criterio de una corriente doctrinal minoritaria, propugnan una interpretación amplia de la expresión «vivienda familiar» del artículo 96 del Código civil.

Y, desde ese prisma amplio del artículo 96 del Código civil, entienden que la expresión «vivienda familiar» comprende no solo la que constituye residencia normal y habitual de la familia, es decir, la primera residencia, sino también cualquier otra que se encuentre, por cualquier título jurídico, a disposición de los miembros de la familia. De esta manera, se considera tan domicilio familiar la primera vivienda o residencia (con la específica finalidad de satisfacer las necesidades cotidianas de alojamiento de la familia), como la llamada segunda vivienda o residencia, aunque su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones (porque, por su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar)¹⁶.

Por otra parte, hay sentencias que recogen una posición intermedia, tratándose de viviendas gananciales, al admitir la posibilidad de atribuir su mera administración a uno u otro cónyuge, dentro de la fase de medidas provisionales, mientras dura la tramitación del procedimiento matrimonial, en tanto no se liquide el patrimonio común o ganancial; ello con base en el artículo 103-4.^a del Código civil¹⁷. Y también hay jueces que, para evitar conflictos y ayudar a pacificar estas situaciones, suelen intentar que las partes lleguen a un acuerdo sobre la atribución temporal del uso de la segunda vivienda hasta que se liquide la sociedad de gananciales¹⁸.

Por último, como dice ORDÁS ALONSO¹⁹, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de mayo de 2012, ha tratado de poner freno a la disparidad jurisprudencial existente sobre la posibilidad de atribuir o no el uso de viviendas distintas a la familiar, pues establece, como doctrina jurisprudencial, que, en los procedimientos matrimoniales contenciosos o no consensuales, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de la vivienda familiar²⁰. Esta doctrina es aplicable a las segundas residencias.

Para argumentar esta posición, el Tribunal Supremo se apoya en las siguientes consideraciones:

- En una interpretación literal del artículo 91 del Código civil, que solo permite al juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o de no aprobación del mismo, atribuir el uso de la vivienda familiar siguiendo los criterios de los artículos 96 del Código civil y 774-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»).
- En que la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre los cónyuges.
- En que la sentencia que decreta el divorcio o la separación declara la disolución del régimen económico matrimonial. Pero para que pueda declarar también su liquidación debe seguirse el procedimiento de los artículos 806 y siguientes («sigs.») de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en defecto de acuerdo previo de los cónyuges.
- Y en que, cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están fijados claramente. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar.

Este criterio de la STS de 9 de mayo de 2012 es compartido por la doctrina mayoritaria, según la cual la literalidad del artículo 96 del Código civil no permite atribuir el uso de viviendas distintas a la vivienda familiar.

De este sentir mayoritario discrepan algunos autores, como BERROCAL LANZAROT²¹, PANIZA FULLANA²², TENA PIAZUELO²³ y ORDÁS ALONSO²⁴. Este último se muestra muy crítico con la referida STS, al impedir atribuir el uso de segundas o sucesivas viviendas en el seno de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio seguidos sin consenso de los cónyuges.

Para argumentar su tesis, ORDÁS ALONSO afirma que, a pesar de la literalidad del artículo 96 del Código civil, se puede preconizar una interpretación teleológica de dicho precepto, pues su finalidad no es otra que garantizar que aquellos que presenten un interés digno de protección vean garantizado el acceso a una vivienda. Y concluye que, particularmente, cuando se trata del interés del menor, puede ser satisfecho, de igual o mejor manera, mediante la atribución de otra vivienda. No existe, pues, en su opinión, inconveniente alguno para atribuir el uso de una vivienda distinta a la familiar a quien represente el interés más necesitado de protección, en virtud del artículo 96 del Código civil.

Con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2012, ha habido algunos pronunciamientos judiciales que siguen la línea de pensamiento de ORDÁS ALONSO²⁵.

El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 2013, afirma que la finalidad del artículo 96 del Código civil es la de proteger el interés del menor, asegurándose, en todo caso, el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda familiar. Pero ello no impide que, en el caso de existir más viviendas en las que el interés del menor quede, igualmente, protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. En igual sentido, se manifiestan las SSTs de 16 de enero, 18 de mayo y 15 de julio de 2015.

El espíritu de este criterio aparece recogido en el artículo 233-20 del Código civil catalán, según el cual, el juez puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias más adecuadas, si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y de los hijos. Y, en parecidos términos, se expresa el artículo 12-6 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores de la comunidad autónoma del País Vasco.

2. PLURALIDAD DE VIVIENDAS FAMILIARES

¿Cabe la posibilidad de la existencia de varias viviendas familiares?

La mayor parte de la doctrina estima que solo puede existir una vivienda familiar, de modo que si la familia posee más de una vivienda, se presumirá

como única vivienda familiar aquella en la que los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal.

Pero, como señalan LUCINI CASALES²⁶, ORDÁS ALONSO²⁷, GARCÍA CANTERO²⁸, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ²⁹, ÁLVAREZ ÁLVAREZ³⁰ y MORENO VELASCO³¹, en la práctica, se pueden dar supuestos excepcionales de pluralidad simultánea de viviendas que puedan ser calificadas de viviendas familiares.

Y así, según ORDÁS ALONSO, si bien, como línea de principio, la vivienda familiar debe ser única, es posible que las concretas circunstancias concurrentes conduzcan a una conclusión distinta, de modo que haya dos viviendas que reúnan el calificativo de familiar.

Como ejemplos representativos de ello, esta autora cita los siguientes:

- El caso de los padres que, por motivos laborales, residen en el medio rural, donde tienen su vivienda, pero que viajan frecuentemente a la ciudad, donde habitan en otro inmueble, en el que residen sus hijos por motivos de estudio.
- El caso de las familias que poseen un piso en la ciudad y una casa en el pueblo cercano a la misma, permaneciendo en la ciudad de lunes a viernes al mediodía, en los periodos escolares, y el resto del año en el campo.
- Y el caso de un matrimonio con dos hijos, en el que uno de los progenitores tiene una vivienda en otra ciudad, donde reside por motivos laborales, y a la que, con posterioridad, acude a residir también uno de los hijos, al haber sido admitido por la universidad, para cursar estudios universitarios en dicha ciudad.

Ahora bien, lo que no cabe es la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges y, simultáneamente, la atribución del uso de una segunda vivienda al otro cónyuge, pues, como dice ORDÁS ALONSO³², ello vulneraría el artículo 96 del Código civil (relativo a la vivienda familiar) e implicaría trasladar la especial protección que el ordenamiento jurídico contempla para la misma a inmuebles que carecen de tal carácter.

Como excepción a ello, cabe citar los supuestos de guarda y custodia compartida, en los que los hijos cambian de vivienda en función de los respectivos periodos de guarda y custodia. En este caso, cabe la atribución del uso de dos inmuebles, como viviendas familiares, una para cada cónyuge y para los hijos cuando estén con él, donde los hijos residirán por periodos de tiempo equivalentes.

De esta forma, los dos cónyuges podrán ejercitar las funciones propias de la patria potestad y el derecho-deber de guarda y custodia donde residen los hijos menores durante el periodo temporal en que cada progenitor

los tenga en su compañía. Y ambas viviendas podrán ser calificadas como vivienda familiar, generándose, así, una duplicidad de régimen sobre dos viviendas familiares distintas, amparadas por la especial protección que el artículo 96 del Código civil brinda a la vivienda familiar y pesando sobre ambas la limitación de disponer³³.

3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE TRASTEROS Y GARAJES

En la hipótesis más corriente, como es la de un piso en régimen de propiedad horizontal, los trasteros y/o plazas de garaje pueden estar configurados: como anejos inseparables del piso; como elementos comunes del edificio, pero con la atribución de un uso individualizado de una parte del mismo; como fincas registrales individualizadas, totalmente independientes; como porciones indivisas de un local o finca registral independiente (p. ej., el sótano del edificio), con atribución individualizada de uso, etc...

LUCINI CASALES³⁴ considera que los dos primeros supuestos no ofrecen duda en cuanto a la integración de los trasteros y/o garajes dentro del ámbito objetivo de la vivienda; en cambio, los demás casos se prestan a toda clase de opiniones, origen de interesantes controversias.

Y, a este respecto, se plantean dos problemas fundamentales, apuntados por ORDÁS ALONSO³⁵:

- Por un lado, si es posible que la sentencia realice una atribución del uso de un trastero y/o garaje a favor de uno de los cónyuges de modo independiente a lo que acontece con la vivienda familiar.
- Y, por otro lado, si en la atribución del uso de la vivienda «*stricto sensu*» se ha de entender comprendido el uso de trasteros y/o garajes; y, por tanto, si la atribución del uso de la vivienda familiar conlleva la utilización de trastero y/o garaje, aunque no hayan sido mencionados, expresamente, en la sentencia.

En opinión de ORDÁS ALONSO, la respuesta a estas cuestiones no se puede basar en aseveraciones categóricas, pues la realidad es muy variopinta, por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto.

1. En cuanto al primer problema, o sea, la posibilidad de atribuir o no el uso de un trastero o garaje en una sentencia de nulidad, separación o divorcio, la autora estima que la postura que se mantenga debe ser la misma que se sostenga en cuanto a la posibilidad de otorgar el uso de segundas o sucesivas viviendas, en definitiva, de inmuebles distintos a aquel que reúne las características que permiten calificarlo como vivienda familiar.

La SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016, siguiendo el criterio de la STS de 3 de marzo de 2016 para con las segundas residencias, afirma que el artículo 96 del Código civil se refiere a la vivienda como espacio donde la familia desarrolla su intimidad, pero no a los trasteros ni a los garajes que no formen parte inseparable de aquella; por lo que no deben ser objeto de la atribución del uso, a diferencia del vehículo familiar.

En parecidos términos, la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2005, citada también por ORDÁS ALONSO, considera que solamente se puede atribuir el uso de las plazas de aparcamiento cuando formen parte integrante del inmueble de forma tan conexas y dependientes que haga inviable su aprovechamiento independiente por el cónyuge a quien no se le concedió el uso del hogar familiar. Únicamente en este caso la atribución del uso de la vivienda familiar se entiende concedida integrando en la misma todas sus dependencias no susceptibles de aprovechamiento independiente, como son las plazas de aparcamiento.

En cambio, la SAP de Alicante de 7 de febrero de 2011 atribuye el uso del garaje al progenitor custodio, por encontrarse ubicado en el mismo edificio que la vivienda familiar, razón por la cual la plaza de garaje viene vinculada al uso de la vivienda familiar, pudiendo formar un todo con la misma. Y ello aunque el artículo 90, en relación con el artículo 96 del Código civil, referidos exclusivamente a las viviendas, no prevea la posibilidad de la atribución del uso del garaje³⁶.

También cita ORDÁS ALONSO la SAP de Burgos de 9 de diciembre de 2003, que considera que el uso de la plaza de garaje debe ir conjuntamente con el de la vivienda familiar, revocando, así, la sentencia de primera instancia, al afirmar esta que la plaza de garaje es un bien de naturaleza inmueble cuyo uso o utilización en modo alguno es inherente o indispensable al de la vivienda y carece de la especial naturaleza que envuelve la que propiamente constituye el domicilio familiar.

2. Y, en cuanto al segundo problema, dice la autora que es relativamente frecuente que las partes soliciten la atribución del uso de la vivienda familiar sin efectuar ninguna mención específica a las cocheras y trasteros, por considerar que se encuentran comprendidos dentro del concepto de vivienda familiar.

En su opinión, la noción de vivienda familiar hay que hacerla extensiva a los trasteros y garajes, si, antes de la ruptura, eran utilizados conjuntamente por la familia; ello con independencia de si registralmente constituyen o no fincas independientes y salvo que el juez expresamente indique lo contrario (por diferentes motivos, como encontrarse los trasteros y/o garajes en edificios diferentes, su utilización para el desarrollo de la profesión del cónyuge al que se le ha privado del uso de la vivienda, etc...).

A mi juicio, el problema debe revolve con criterios registrales y sobre la base de lo dispuesto expresamente en la sentencia.

Y así, si el trastero y/o garaje constituye un anejo inseparable del piso o un elemento común del edificio, pero con la atribución de un uso individualizado de una parte del mismo, entonces la atribución del uso de la vivienda familiar conlleva, inexorablemente, el uso del propio trastero y/o garaje.

En cambio, si el trastero y/o garaje constituye una finca registral individualizada, totalmente independiente, o se trata de porciones indivisas de un local o finca registral independiente (p. ej., el sótano del edificio), con atribución individualizada de uso, en ese caso no puede jugar la ficción de la atribución del uso del trastero y/o garaje por la simple atribución del uso de la vivienda familiar.

Ello porque, a falta de atribución expresa en la sentencia, el registrador de la propiedad no puede actuar en base a suposiciones, inscribiendo una atribución del uso del trastero y/o garaje, sin aparecer mencionado específicamente en la sentencia. Lo contrario supondría menoscabar los más elementales principios registrales.

Por eso, para que se pueda inscribir esta específica atribución de uso, haciéndola oponible a terceros, con efectos «*erga omnes*», debe constar expresamente en la sentencia.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 20 de julio de 2016 deja sin efecto la atribución de dicho uso, debido, por una parte, a la ausencia de petición del uso de la plaza de aparcamiento y, por otra parte, a que esta plaza de aparcamiento constituye una finca registral independiente.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La problemática de la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar no ha sido un tema pacífico, sino, más bien, polémico y que ha provocado numerosos «ríos de tinta», debido a las controversias suscitadas en la doctrina de los autores, en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en las sentencias de los tribunales, en particular, del Tribunal Supremo.

El problema cobra toda su virtualidad cuando el uso de la vivienda familiar es atribuido al cónyuge no titular de la misma y hay que determinar la inscribibilidad de ese derecho en el Registro de la Propiedad así como sus repercusiones registrales.

1. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

En la doctrina de los autores, GARCÍA-VALDECASAS y ALEX³⁷ considera que en el uso reconocido por el artículo 96 del Código civil no se

ven contornos reales por ningún sitio y, en consecuencia, no es un derecho real sino personal.

LUNA SERRANO³⁸ entiende que el derecho de uso que sobre la vivienda familiar puede corresponder al cónyuge no titular de la misma es de difícil calificación jurídica. A su juicio, podría, acaso, considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio, constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial; y el cónyuge no titular, usuario, tendrá la calidad de poseedor especial, con título legítimo basado en la decisión judicial emanada en aplicación del artículo 96 del Código civil.

ISAC AGUILAR³⁹ defiende que el cónyuge no titular de la vivienda familiar y usuario de la misma es un poseedor legítimo de ella, con carácter exclusivo y dotado de los medios de defensa típicos de la posesión, pero también algo más que debe tener protección registral.

Si fuera solo un mero poseedor, no podría inscribir su título de uso y, por lo tanto, no podría gozar de la protección registral, dificultándose, en extremo, la oponibilidad de su título, porque lo impediría el artículo 5 de la Ley Hipotecaria («LH»).

Y es que, para dicho autor, el cónyuge no titular de la vivienda familiar y usuario de la misma es también titular de un derecho real, con todas sus características, y, por ende, inscribible en el Registro de la Propiedad. Dicho derecho real le es atribuido bien por el convenio regulador concertado entre aquel cónyuge usuario y el cónyuge titular de la vivienda o bien por la propia sentencia dictada por el juez, o mejor, por la Ley, aplicada en la sentencia⁴⁰.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE⁴¹ señala que el legislador, al utilizar el término «uso» no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso, que, al referirse solo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales; y añade que, en principio, se trata de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo (para conservar su finalidad) o de un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda o morada⁴².

RAMS ALBESA y O'CALLAGHAN MUÑOZ, citados por LUNA SERRANO, examinan los distintos supuestos prácticos para determinar la naturaleza de este derecho de ocupación de la vivienda conyugal: de ser la vivienda familiar propiedad del cónyuge no usuario, surge un derecho real limitado sobre cosa ajena; de tratarse de un supuesto de condominio de ambos cónyuges, el cónyuge usuario tendrá sobre la vivienda familiar la doble titularidad real de copropietario y usuario en cada mitad; de ser el cónyuge no usuario titular de un derecho de usufructo, se constituiría sobre él el derecho real de uso más limitado correspondiente; de ser el cónyuge no usuario titular de un derecho real de uso o habitación, no sería posible la atribución del uso a persona distinta de su titular, pues aquellos derechos

se conciben y regulan partiendo no solo del carácter personalísimo de la atribución, sino también del goce directo, que, en este caso, no se daría; y de ser el cónyuge no usuario único titular de un derecho de arrendamiento, el cónyuge usuario no sería un simple precarista frente al arrendador, pues estaría amparado en su situación jurídica por una decisión judicial, sino que tendría un derecho de subrogación temporal frente a dicho arrendador, en virtud del artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos («LAU»).

Concluye LUNA SERRANO afirmando que, cuando el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como derecho real, puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, en base a los artículos 605 del Código civil y 1-1 y 2-2.º de la Ley Hipotecaria ⁴³.

Por su parte, RUIZ RICO⁴⁴ cita una STS de 2 de mayo de 1990, según la cual, una vivienda conyugal puede pertenecer a los dos cónyuges, a uno solo o a extraños, y se puede utilizar por propio derecho o como consecuencia de contratos de arrendamiento, usufructo, comodato o de otro tipo, cuyo contenido lo autorice; pero también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por una tolerancia de sus titulares.

Y, en base a ello, siguiendo a LUCINI CASALES⁴⁵, distingue los siguientes supuestos:

- Cotitularidad indivisa de ambos cónyuges sobre la vivienda, en la que el cónyuge usuario tendría una doble titularidad: la copropiedad sobre su propia cuota indivisa y el derecho de uso sobre la otra cuota.
- Titularidad en gananciales, supuesto más frecuente y que es una situación transitoria (mientras dura el proceso matrimonial, es decir, durante la fase de medidas provisionales), ya que la sentencia de nulidad, separación o divorcio llevaría consigo la liquidación de gananciales y, entonces, el supuesto haría tránsito al supuesto anterior o a la adjudicación de la propiedad de la vivienda entera a uno solo de los cónyuges. Y, en este caso, si se adjudicase al cónyuge usuario no existiría cuestión. Pero, si se adjudicara al otro cónyuge ¿qué derecho sería este de ocupación? Y responde diciendo que, en esta hipótesis, el uso de la vivienda familiar se puede configurar como un derecho real de habitación y como un derecho real de uso.
- Titularidad usufructuaria: si es ganancial y se estableció sucesivamente, no plantearía problemas y, si el usufructo es privativo y la atribución del uso se hace al cónyuge no usufructuario, se yuxtapondrían el usufructo y el uso; pero este no podría extinguirse por renuncia del usufructuario, pues tal renuncia sería en perjuicio de tercero (art. 6 CC).
- Titularidad en arrendamiento: la atribución del uso al cónyuge no titular del arrendamiento conllevaría un derecho de subrogación

temporal del cónyuge usuario frente al arrendador, en virtud del artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

- Inexistencia de titularidad: si no hay titularidad de los cónyuges, por disfrutar de la vivienda en precario, no nacerá derecho de ocupación alguna.

En cualquier caso, LUCINI CASALES⁴⁶ se decanta por la naturaleza personal del derecho de uso de la vivienda familiar, apoyándose, sobre todo, en el propio sustrato personal e, incluso, personalísimo, de la relación matrimonial. Y, si bien, defiende esta postura sin excesiva convicción, como confiesa expresamente, reconoce, ello no obstante, que este derecho funciona como una auténtica limitación del dominio, que puede obtener una eficacia «*erga omnes*», característica de los derechos reales, a través de su publicidad registral.

En opinión de SERRANO ALONSO⁴⁷, lo que se atribuye al cónyuge usuario es una facultad de usar y disfrutar de la vivienda, nada más, ya sea porque el cónyuge titular ha renunciado voluntariamente a dicha facultad o ya sea porque ha sido privado de la misma por sentencia. El cónyuge usuario no tiene ningún derecho ni real ni personal. La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular no altera nada la posición jurídica del cónyuge titular, sino que, simplemente, le priva de la facultad de utilización, que es, precisamente, lo que se atribuye al otro cónyuge usuario; este cónyuge adquiere no un derecho sobre la vivienda, sino la simple facultad de ocuparla durante el tiempo y en las condiciones fijadas en el convenio regulador o en la sentencia que la hubieren atribuido⁴⁸.

Para PRETEL SERRANO⁴⁹, el derecho de uso es un derecho de constitución judicial (también en el caso del convenio regulador) no patrimonial, ajeno a la clasificación derechos reales/derechos personales, derecho de carácter familiar, con trascendencia real (para lo que no es necesario que se trate de un derecho real).

Es un derecho de orden puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda familiar⁵⁰.

Hay autores que lo califican de derecho «*sui generis*», como DÍEZ-PICAZO⁵¹ y ROCA TRÍAS⁵², para quien nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión de la vivienda familiar, que pasa a ser, una vez atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos poseedores, sin que ello suponga derecho de crédito o derecho real alguno (simplemente, se elimina la situación de posesión compartida correspondiente a los dos cónyuges durante la convivencia matrimonial, para pasar, tras la crisis matrimonial, a una situación de posesión exclusiva del cónyuge beneficiario del derecho de uso, concentrándose, así, en dicho cónyuge el «*ius possidendi*»).

BERROCAL LANZAROT⁵³ defiende que el derecho de uso de la vivienda familiar tendrá una naturaleza distinta, en función del título que, previamente, los cónyuges ostenten sobre la vivienda; es decir, el derecho de uso será derecho personal o real en función de la posible doble naturaleza del título por el que, previamente, la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso será oponible a terceros en la medida en que también lo sea el derecho que le sirve de base.

Y así, cuando los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un derecho personal (p. ej., arrendamiento o precario), no les será posible gravar una propiedad ajena con una carga, al margen de la voluntad del propietario del inmueble. Por eso, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este.

En cambio, el derecho de uso tendrá naturaleza real cuando la titularidad sobre el que se funda tiene también esa naturaleza real.

En cualquier caso, BERROCAL LANZAROT reconoce que existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas: estamos ante un derecho oponible «*erga omnes*» e inscribible en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, produce efectos reales, salvo que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, pues, en ese caso, esa eficacia real es relativa, ya que los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso, al permanecer inmutables⁵⁴.

ORDÁS ALONSO⁵⁵ califica el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho familiar, patrimonial (pues el titular del derecho de uso experimenta un enriquecimiento patrimonial correlativo al empobrecimiento que sufre quien es privado del mismo) y «*sui generis*» (pues se resiste a una conceptualización clara, a una inclusión en las categorías habituales de derechos, al tener connotaciones tanto reales como personales).

El contenido de ese derecho «*sui generis*» se encuentra integrado por dos aspectos: por un lado, un derecho ocupacional, que no abarca la integridad de las facultades dominicales propias del «*ius utendi*», sino tan solo la posibilidad de utilización material de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal (facultad de uso que no legitima la posibilidad de que el cónyuge a quien se le ha atribuido el uso pueda ceder a título oneroso, temporalmente, la facultad de uso, es decir, no ampara el arriendo de la vivienda), y, por otro lado, una limitación de disponer, que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el asentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial.

Para LÓPEZ FRÍAS⁵⁶, se considere propiamente un derecho real o más bien un derecho de carácter familiar, lo cierto es que el derecho de uso supone una limitación del dominio, pues restringe las facultades de libre disposición y de goce o utilización que corresponden al propietario de la vivienda; y, por eso, se puede decir que constituye una carga que recae sobre

el inmueble y que, como tal carga, ha de tener eficacia frente a terceros, pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA⁵⁷ atribuye al derecho de uso de la vivienda familiar una naturaleza peculiar «familiar», en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza y delimita su contenido y características; y, en ese sentido, parece un derecho personal.

Pero este carácter no puede hacer olvidar que se trata de un derecho oponible «*erga omnes*» cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; por ello, debe ser conocido por todos y, por lo tanto, es inscribible en el Registro de la Propiedad, razón por la cual esta autora lo sitúa más cerca de los derechos reales que de otros de distinta naturaleza.

En cualquier caso, dicha autora, siguiendo a AGUIRRE FERNÁNDEZ⁵⁸, entiende que el derecho de uso tiene una doble vertiente o contenido: una perspectiva defensiva o negativa y un contenido positivo. El contenido negativo lo constituye la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda familiar (*ex* art. 96, párrafo cuarto, CC), limitación oponible «*erga omnes*», y el contenido positivo lo representa la facultad del cónyuge usuario de usar y ocupar, como residencia, la vivienda familiar, facultad (similar a la de un derecho real y) oponible también «*erga omnes*»⁵⁹; este contenido positivo se aprecia, sobre todo, en las enajenaciones forzosas derivadas de ejecuciones de hipotecas y de embargos y en las enajenaciones en subasta derivadas de procedimientos de disolución de comunidad ordinaria (por ejercicio de la «*actio communi dividundo*») y de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

MANZANO FERNÁNDEZ⁶⁰, en un primer momento, consideraba este derecho de uso como un verdadero derecho real inmobiliario; pero, con posterioridad, haciéndose eco de varias RRDGRN y SSTs (que, más adelante, analizaremos) —según las cuales el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, que no impone más restricciones que la limitación de disponer (con efectos «*erga omnes*») impuesta al cónyuge propietario, por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil— ha señalado que la atribución del uso no constituye un verdadero derecho real, sino una mera situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora, tras la crisis matrimonial, continúa por el acuerdo de los excónyuges o la decisión de la autoridad judicial. El juez, al atribuir el uso, solo puede declarar la existencia de una situación posesoria que tiene la virtualidad de paralizar los actos de disposición que pudiera querer realizar el cónyuge titular que no tiene atribuido el uso. Lo que hace la sentencia que decreta la atribución es declarar que la situación posesoria que existía antes continúa ahora, pero no crea derecho nuevo alguno⁶¹.

Para DE LA PUENTE ALFARO⁶², la atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el ejercicio del título posesorio que se detenta, cualquiera que sea este. En consecuencia, si no hay título posesorio, el juez no se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. Por esta razón, dice este autor:

- Por un lado, que la atribución del uso confiere a un cónyuge e hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno, sino ejercicio de derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina han viciado el debate —dice—, denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.
- Y, por otro lado, que, al no existir creación de título alguno, no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

Concluye DE LA PUENTE ALFARO diciendo que lo más característico de la condición de la vivienda familiar no es la atribución del uso, sino la limitación a la facultad dispositiva que supone para el titular, fundamentada en la protección de la vivienda familiar.

CALMARZA CUENCAS⁶³, después de estudiar dos sentencias fundamentales del Tribunal Supremo, de 14 y 18 de enero de 2010 (que, más adelante, analizaremos), sienta las siguientes afirmaciones:

1. La atribución judicial del uso no es un derecho real sino un derecho de carácter familiar, que se manifiesta y ejerce en la esfera de las relaciones privadas familiares. Resuelve entre los dos cónyuges quién ha de continuar viviendo en lo que, hasta la ruptura del matrimonio, era el hogar familiar, con independencia de su titularidad. Es un derecho que se ejerce por uno frente al otro, pero sin crear ningún derecho nuevo que antes no existiera, pues la sentencia no tiene virtualidad para ello⁶⁴.

2. El título que legitima al cónyuge no propietario a ocupar, en exclusiva, la vivienda es exigible únicamente frente al otro cónyuge, pero no frente a terceros adquirentes ajenos a las obligaciones familiares. Y, como no se puede obligar a extraños al vínculo matrimonial a subvenir necesidades familiares, por muy dignas que sean de protección, con el fin de evitar que la eficacia del derecho de uso se frustre por una enajenación realizada por el cónyuge propietario no usuario, se impone a este una limitación para

la realización de actos dispositivos, exigiendo el concurso del cónyuge no titular para su validez.

3. Desde el punto de vista patrimonial, en relación con los terceros ajenos a estas relaciones creadas por el vínculo matrimonial, el derecho de uso atribuido judicialmente se manifiesta en la limitación para disponer impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil. Y, como la única posibilidad de que tal limitación de las facultades dispositivas sea verdaderamente efectiva es su constancia registral, para que sea oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

4. La razón de ser de esa constancia registral no radica, pues, en si es un derecho real o no, sino en que, respecto de terceros, implica una limitación de las facultades dispositivas del titular registral dominical; por ello, es inscribible, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En base a todo ello, CALMARZA CUENCAS⁶⁵ define la atribución judicial del uso de la vivienda familiar como un derecho familiar que legitima al excónyuge para la posesión exclusiva de la vivienda familiar frente al cónyuge propietario, derivada de la especial obligación de protección de la familia, para cuya efectividad se impone a este una limitación de las facultades para realizar actos de disposición voluntarios, siendo esta una limitación oponible «*erga omnes*».

En mi opinión, este derecho de uso no es un derecho real porque, si lo fuera, no sería preciso el consentimiento del cónyuge usuario que exige el artículo 96 del Código civil para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma.

En realidad, creo que se puede afirmar que es un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y «*sui generis*»⁶⁶, que se caracteriza por tres notas fundamentales:

- Porque atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, eliminando o destruyendo, así, la posesión compartida o coposesión existente hasta el momento de la crisis matrimonial.
- Porque produce, como efecto único, exclusivo y consustancial, una limitación, oponible «*erga omnes*», impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda; consentimiento o autorización judicial supletoria que es condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, de modo que el

acto dispositivo realizado sin ese requisito será anulable, por incumplimiento de dicho condicionante. Y, para que esta limitación o prohibición de disponer sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

- Y porque se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con ese preceptivo consentimiento o autorización judicial supletoria, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de esa premisa o condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble.

Si ello es así, permítame el querido lector afirmar que, a mi juicio, lo que es oponible «*erga omnes*» y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical, y tan solo, mediatamente, el derecho de ocupación, en caso de incumplimiento del condicionante ínsito en dicha limitación o prohibición: el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial supletoria para el acto dispositivo realizado sobre el hogar familiar.

2. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (HOY DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido una línea evolutiva, que va desde su inicial configuración de este derecho de uso como un derecho real hasta su actual apreciación como derecho familiar.

En efecto, originariamente, el Centro Directivo atribuía al uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular la consideración de un derecho de carácter real.

Y así, la Resolución de 25 de octubre de 1999 lo califica como derecho real que produce efectos «*erga omnes*», por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad.

Posteriormente, en cambio, la Resolución de 20 de febrero de 2004 afirma que el derecho de uso de la vivienda familiar no es, propiamente, un

derecho real, pues la clasificación entre los derechos reales y los derechos de crédito se refiere a los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino un carácter puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda⁶⁷.

La Resolución de 14 de mayo de 2009 también reconoce a este derecho de uso un carácter no real sino familiar y añade que ese carácter familiar impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho de uso y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho de uso atribuido (el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge al que se atribuye la custodia) y otra cosa, la titularidad de ese derecho, la cual es, exclusivamente, del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye, exclusivamente, la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

Añade el Centro Directivo que el derecho de uso se integra: por un lado, por un derecho a ocupar la vivienda familiar y, por otro lado, por una limitación de disponer (que implica que el cónyuge titular del dominio de la vivienda no puede disponer de ella si no cuenta con el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial)⁶⁸.

Por eso, dice la Resolución de 10 de octubre de 2008 que la finalidad de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos «*erga omnes*», por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁶⁹.

Las Resoluciones de 5 de septiembre y 20 de octubre de 2016 entienden que, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, el derecho de uso es inscribible, teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer o ya sea como verdadero derecho real, pues constituye una limitación a las facultades del cónyuge propietario.

Finalmente, la Resolución de 19 de julio de 2011 reitera que este derecho de uso no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia o, no habiendo hijos, al cónyuge que se estima que ostenta un interés más necesitado de protección. No establece más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge titular de la vivienda, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualquier acto que pueda ser calificado como de disposición de la vivienda familiar⁷⁰.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo tampoco ha mantenido una doctrina uniforme. Por ello, conviene sistematizar los siguientes grupos de sentencias:

1. Sentencias que configuran el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho personal:

La Sentencia de 22 de septiembre de 1988 niega la eficacia real de este derecho, al admitir el derecho a la división de la cosa común ejercitado por uno de los cónyuges cotitulares de la vivienda, aun cuando exista ese derecho de uso, prevaleciendo el derecho a dividir sobre el derecho de uso de la vivienda familiar.

Igualmente, la Sentencia de 29 de abril de 1994 lo considera como una forma de contribución «*in natura*» al levantamiento de las cargas del matrimonio, negando, además, expresamente, la eficacia real del derecho de uso y afirmando que no tiene naturaleza de derecho real, pues se puede conceder, igualmente, cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges.

2. Sentencias que dejan traslucir la admisión de una cierta eficacia real:

Las Sentencias de 13 de diciembre de 1991 y 18 de octubre de 1994 se decantan por atribuir a este derecho de uso una eficacia real oponible a terceros.

La Sentencia de 11 de diciembre de 1992 califica dicho uso como un derecho de naturaleza «*sui generis*», oponible a terceros y que debe tener acceso al Registro de la Propiedad; su extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus titulares posteriores.

La Sentencia de 20 de mayo de 1993 declara que es un derecho real, al que se debe atribuir las características del uso conforme a los artículos 523 y siguientes del Código civil⁷¹.

En igual sentido, se manifiesta la Sentencia de 11 de diciembre de 2002, que lo aproxima a un derecho real, pues entiende que es una carga impuesta sobre el inmueble y que afecta cualquiera que sea su propietario, con oponibilidad «*erga omnes*», característica propia de los derechos reales.

La Sentencia de 22 de abril de 2004 afirma que es un derecho oponible frente a terceros.

Por su parte, para la Sentencia de 14 de diciembre de 2004, el derecho de uso de la vivienda familiar es un «*ius ad rem*», con accesibilidad al Registro de la Propiedad.

3. Y, por último, sentencias que califican el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho familiar, en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza y, por lo tanto, delimita su contenido y características:

En este sentido, la Sentencia de 18 de octubre de 1994 dice que es un derecho real familiar de eficacia total, de carácter temporal y oponible a terceros.

Las Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994, 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1995 ponen también el acento en el carácter familiar de este derecho de uso, pues lo que se pretende a través de él es garantizar el derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso. Con ello, se trata de proteger, en último término, a la familia, pues la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso de la vivienda familiar; además, la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía⁷².

Dentro de este grupo de SSTS que consideran el derecho de uso como un derecho familiar, destaca una sentencia fundamental: la Sentencia de 14 de enero de 2010, dictada en interés casacional, con fines de unificación de doctrina, y que sentó doctrina jurisprudencial en el mismo sentido que ya hizo una segunda Sentencia de 18 de enero del mismo año (a la que se remite). Estas dos sentencias, seguidas por otras posteriores, señalan, como nota característica de la atribución judicial del uso —y esto, a mi juicio, es muy importante—, la limitación de la facultad de disponer impuesta al cónyuge propietario por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, limitación o prohibición que, para que sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

Así, la Sentencia de 14 de enero de 2010, que es la que fija doctrina jurisprudencial, afirma, con rotundidad, que de la naturaleza del derecho de uso se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución del uso de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, que se ha decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de uso de naturaleza real, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad⁷³. Esta sentencia se reitera en la de 22 de noviembre de 2010.

Para el alto tribunal, el artículo 96 del Código civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia o de aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de

protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles; y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, propiedad exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

Según las tres últimas mentadas sentencias, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia del Derecho de familia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o, no habiendo hijos, al cónyuge que se estima que ostenta un interés más necesitado de protección.

Añade el Tribunal Supremo que, desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular de la vivienda no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualquier acto que pueda ser calificado como acto de disposición de la vivienda familiar. Esta limitación es oponible a terceros y, por ello, es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)⁷⁴.

Por último, la Sentencia de 27 de febrero de 2012, reiterando las Sentencias de 14 y 18 de enero de 2010, insiste en que el derecho de uso del cónyuge no titular no constituye un derecho real, sino una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el cónyuge titular del derecho de uso puede oponer a terceros.

V. EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PREVIAS, EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES O COETÁNEAS Y EN LAS MEDIDAS DEFINITIVAS. EL CONVENIO REGULADOR DEL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL

Los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio producen una serie de efectos comunes relativos a los esposos, a los hijos, al sostenimiento de unos y otros, a los bienes y vivienda familiar, etc... Y ello es así porque, como dice ALBALADEJO GARCÍA, la nulidad, la separación y el divorcio cambian la anterior situación del matrimonio⁷⁵.

Estos efectos comunes aparecen recogidos en el capítulo IX del título IV, libro I del Código civil, referente al matrimonio, bajo la rúbrica «*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*», artículos 90 a 101, y en

el capítulo X de los mismos título y libro del expresado cuerpo legal, bajo la rúbrica «*De las medidas provisionales por demandas de nulidad, separación y divorcio*», artículos 102 a 106.

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

Se trata de una normativa compleja, asistemática y regulada con falta de lógica.

Por ello, para una mayor claridad en la exposición, distinguiremos tres fases o periodos:

1) La primera fase de los efectos o medidas provisionalísimas o previas a la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

2) La segunda fase de los efectos o medidas provisionales o coetáneas, derivadas de la presentación y admisión de dicha demanda y durante la sustanciación del procedimiento matrimonial.

3) Y la tercera y última fase de los efectos o medidas definitivas, que operan tras la sentencia que acuerda la nulidad, separación o divorcio.

Todo ello en relación a nuestro exclusivo y particular objeto de estudio: la atribución judicial del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma, como uno de los efectos concretos de la nulidad matrimonial, separación o divorcio, bien bajo el ropaje del llamado convenio regulador, en caso de acuerdo de los esposos, o bien bajo el ropaje de la decisión o determinación subsidiaria del juez, en defecto de convenio regulador o en caso de no aprobación judicial del mismo.

1. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS O PREVIAS

Según el artículo 104 del Código civil, el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar (ante el tribunal de su domicilio) los efectos o medidas a que se refieren los artículos 102 y 103, es decir, los efectos o medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, a fin de dar solución y efectividad jurídica a la crisis matrimonial. En igual sentido, se pronuncia el artículo 771-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, según los artículos 104, párrafo segundo, del Código civil y 771-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estas medidas provisionalísimas o previas solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción judicial, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio ante el juez competente.

Por eso, se puede decir que son medidas claudicantes, sujetas a resolución, si no se presenta la demanda en el plazo de treinta días⁷⁶.

Pues bien, a la vista de la solicitud, si el juez aprecia razones de urgencia que así lo aconsejen, puede acordar, de inmediato e inaudita parte, los efectos o medidas a que se refiere el artículo 102 del Código civil y lo que considere procedente sobre la custodia de los hijos y el uso de la vivienda y ajuar familiares (art. 771-2 LEC).

Y, sin perjuicio de ello, dado que el letrado de la Administración de Justicia, a la vista de la referida solicitud, ha de citar o convocar, preceptivamente, a los cónyuges a una comparecencia, se intentará que, en la misma, los cónyuges alcancen un acuerdo sobre los efectos o medidas a adoptar.

Si hay acuerdo de los cónyuges, nada impide que ese acuerdo se plasme ya en una propuesta de convenio regulador, aprobado judicialmente (por medio de auto), que podría confirmarse una vez presentada y admitida la demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio (en la fase de medidas provisionales o coetáneas) e, incluso, en la propia sentencia que acuerde la nulidad, separación o divorcio (en la fase de medidas definitivas), siempre que dicho acuerdo conyugal o convenio regulador, adoptado en la primigenia fase de medidas provisionalísimas o previas, no sea sustituido, modificado o completado con posterioridad (arts. 771, 772 y 773 LEC).

En defecto de acuerdo conyugal o en caso de no aprobación del mismo por el juez, este resolverá lo que estime procedente, mediante auto de medidas provisionalísimas o previas, con audiencia de los cónyuges; es decir, acordará las medidas provisionalísimas o previas expresadas (arts. 771-3 y 4 LEC).

Estas medidas provisionalísimas o previas, adoptadas subsidiariamente por el juez, serán confirmadas en las otras dos referidas y subsiguientes fases de medidas provisionales o coetáneas y de medidas definitivas, siempre que no sean sustituidas, modificadas o completadas por el juez (arts. 772, 773 y 774 LEC).

Como ya se ha indicado, una de estas medidas provisionalísimas o previas es la relativa a la atribución, en principio provisionalísima, del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma (art. 771 LEC).

Y, para obtener la debida protección registral, cabe solicitar, potestativamente, a instancia de parte, la anotación preventiva de la solicitud de dicha atribución (puesto que todavía no hay demanda), como medida provisionalísima o previa, a través del correspondiente mandamiento judicial y siempre que esta medida se haya adoptado con audiencia de los cónyuges. El asiento ha de indicar el carácter temporal, contingente y transitorio del derecho de uso sobre la vivienda familiar, dada la naturaleza perentoria de estas medidas, pues la resolución judicial que adopta las mismas queda condicionada a lo que definitivamente se acuerde en la sentencia que decrete la nulidad, separación o divorcio.

El asiento de anotación preventiva es el más adecuado, si se adopta el criterio registral, en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, de considerar el mismo como un derecho subjetivo nuevo, autónomo e independiente, creado por la sentencia judicial y oponible «*erga omnes*». Pero si, como más adelante se verá, se opta por el criterio registral de considerar la atribución judicial del uso como una mera limitación o prohibición de disponer, oponible «*erga omnes*», derivada de un derecho no real sino familiar, el asiento más coherente, en esta fase de medidas provisionalísimas o previas, es el de la nota marginal (preventiva) del artículo 96-2 del Reglamento Hipotecario (al margen de la inscripción de dominio de la vivienda).

Así se desprende de los siguientes preceptos:

- El artículo 771-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, al igual que el artículo 104 del Código civil, se remite al artículo 102 del Código civil y prevé, además, que el juez pueda acordar lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar. Y el artículo 102 del Código civil, que, al regular los efectos o medidas provisionales o coetáneas que se producen automáticamente, «*ope legis*», una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, dispone que «*a estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil*».
- El artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, al enumerar las medidas cautelares, recoge, entre ellas, en su ordinal 6.^a, «*otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución*»; esto tanto más si aplicamos analógicamente el ordinal 5.^a del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habla de «*la anotación preventiva de demanda cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos*».
- Y el artículo 42-10 de la Ley Hipotecaria, que, al recoger las diferentes clases de anotaciones preventivas, contiene un «cajón de sastre», al decir que podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro de la Propiedad «*el que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley*».

Ahora bien, como, según se ha expuesto, las medidas provisionalísimas o previas, y entre ellas, la relativa a solicitud de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma, solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción judicial, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio ante el juez competente, caso

de no presentarse esa demanda (permaneciendo inactivo el cónyuge solicitante durante ese lapso de tiempo), el juez, de oficio, dejará sin efecto tales medidas provisionálísimas o previas, debiendo remitirse al Registro de la Propiedad el oportuno mandamiento judicial de cancelación de la anotación preventiva de solicitud de la atribución (provisionálísima) del uso de la vivienda familiar, a los efectos de su extinción registral.

2. LAS MEDIDAS PROVISIONALES O COETÁNEAS

Como dice LUNA SERRANO⁷⁷, mientras se sustancia un pleito de nulidad, separación o divorcio entre cónyuges, no se puede mantener el «*status quo*» del tiempo en que sus relaciones eran normales. Al contrario, la relación de familiaridad entre tales cónyuges ha sufrido un cambio sustancial y, en cuanto a los aspectos patrimoniales de la misma, falta entre ellos la base de confianza que requiere el régimen legal y, también, cualquier otro régimen.

Por eso, una vez presentada y admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por un lado, unos efectos o medidas automáticas, que operan «*ope legis*», y, por otro lado, unos efectos o medidas que operan por acuerdo de los cónyuges (convenio regulador aprobado judicialmente) y, en defecto de acuerdo conyugal o en caso de no aprobación judicial del mismo, por decisión o determinación subsidiaria del juez, tomada con audiencia de los esposos.

a) El artículo 102 del Código civil contempla los efectos o medidas automáticas, al decir que «*admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:*

1.º *Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.*

2.º *Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.*

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil».

b) Por su parte, el artículo 103 del Código civil, complementado, en su aspecto procedimental, por el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recoge los efectos o medidas que operan por acuerdo de los cónyuges (convenio regulador aprobado judicialmente, por medio de auto) y, en de-

fecto de acuerdo conyugal o en caso de no aprobación judicial del mismo, por decisión o determinación subsidiaria del juez, mediante auto de medidas provisionales o coetáneas, con audiencia de los cónyuges.

Son medidas provisionales o coetáneas, de carácter temporal y sujetas al resultado del proceso porque se adoptan para que actúen durante la tramitación del procedimiento, confirmando, sustituyendo, modificando o complementando las medidas provisionalísimas o previas, adoptadas cuando las solicita el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio (arts. 772 y 773 LEC). Y, por mor de esa temporalidad, las medidas provisionales o coetáneas a la tramitación del pleito quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia estimatoria o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo, en virtud de los artículos 106 del Código civil y 773-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como se verá más adelante, en palabras de LUNA SERRANO ⁷⁸, esto quiere decir que las medidas definitivas suceden —sustituyen o ratifican y, en su caso, complementan— a las medidas provisionales, adoptadas durante la tramitación del procedimiento, de igual forma que estas últimas, a su vez, suceden, en su caso, a las medidas provisionalísimas o previas. Por eso, las medidas definitivas, por contraposición a las medidas provisionalísimas o previas y a las medidas provisionales o coetáneas, tienen una vocación de estabilidad, aunque pueden ser ulteriormente modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias en cuya contemplación se adoptaron (arts. 90-3 y 91 «*in fine*» CC y 775 LEC).

A. El acuerdo de los cónyuges o convenio regulador presentado ante juez o ante letrado de la Administración de Justicia o notario

En principio, en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio interpuestos ante juez, el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil dan preferencia al acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, a la hora de establecer los efectos o medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, a fin de dar solución y efectividad jurídica a la crisis matrimonial; y ello tanto en la fase provisionalísima o previa como en la fase provisional o coetánea a la tramitación del procedimiento matrimonial y en la última fase definitiva de la sentencia que acuerda la nulidad, separación o divorcio.

Como dice ALBALADEJO GARCÍA ⁷⁹, se da preferencia al acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, y, así, no ha lugar a las medidas judiciales subsidiarias que habrían de versar sobre los extremos a resolver en dicho acuerdo, porque la ley considera mejor que las cosas se regulen por

los cónyuges, aunque pide la aprobación judicial para evitar soluciones que, aun acordadas, no sean aconsejables. De esta manera, con la garantía que esa aprobación judicial constituye, la ley estima deseable que los cónyuges puedan resolver, a su criterio, las cuestiones que plantean la nulidad, la separación o el divorcio. Y, a tal efecto, no solo es que la ley acepte lo establecido por los cónyuges, en acuerdo entre ellos, sino que obliga a que los esposos propongan al juez, en ciertos casos (las separaciones y divorcios consensuales), el dicho acuerdo, llamado «convenio regulador», en el que se debe ofrecer una solución a determinados extremos enumerados por la ley con el carácter de «mínimos» y siempre que sean aplicables —concluye dicho autor—.

En opinión de LUNA SERRANO⁸⁰, el convenio regulador es un negocio jurídico (contractual) de Derecho de familia, al que, una vez propuesto por los cónyuges al juez —en el correspondiente procedimiento matrimonial— y una vez concluido con su aprobación judicial, el ordenamiento jurídico reconoce, en caso de ser perfecto, eficacia de trascendencia tan amplia como diversa. Y se viene a constituir en elemento determinante de la producción de los efectos y consecuencias del procedimiento matrimonial y de la sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio, tanto en cuanto a las medidas provisionales que en el procedimiento hayan de acordarse como a las medidas definitivas que en este hayan de establecerse.

Ello en razón de la variada virtualidad del convenio regulador y de la diversidad de los ámbitos en los que opera, pues, como añade LUNA SERRANO, en los procedimientos de separación o de divorcio consensuales o voluntarios, es decir, por mutuo acuerdo, debe acompañarse al escrito de solicitud de separación o divorcio la propuesta del convenio regulador hecha por los cónyuges; además, como facultad o posibilidad potestativa, puede sustituir, prioritariamente, a las medidas provisionales, estrictamente judiciales, durante la tramitación del pleito, cualquiera que sea el trámite por el que se sustancia el mismo —ya sea un procedimiento consensual o voluntario, un procedimiento contencioso o un procedimiento contencioso transformado en consensual o voluntario— (art. 103 CC); y, finalmente, puede sustituir, asimismo, prioritariamente, los efectos accesorios y definitivos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio que, en otro caso, tendría que decidir el juez subsidiariamente (art. 91 CC).

En la práctica, dice LUNA SERRANO⁸¹ puede que no sea frecuente el convenio regulador en los casos de procedimiento contencioso con oposición efectiva del cónyuge demandado. Y, en particular, es difícil que, con la demanda —cuya admisión determina la adopción subsidiaria de las medidas judiciales— se presente un convenio regulador sobre los extremos a resolver para durante la tramitación del procedimiento matrimonial; pero es posible, y, si se presenta y el juez lo aprueba, este ya no dictará medidas provisionales sobre los mismos extremos.

También es posible que el acuerdo o convenio regulador de los esposos, sobre los mismos extremos, provea de un modo para durante el pleito y de otro modo para el eventual supuesto de una sentencia estimatoria; esto porque, si la ley admite la ulterior modificación del acuerdo (art. 90-3 CC), con mayor razón cabe admitir, en abstracto, esta flexibilidad en su tratamiento previo. Y concluye LUNA SERRANO que, incluso, cuando la presentación de la propuesta de convenio no sea un requisito necesario (es decir, en los procesos de separación o divorcio contenciosos), cabe disociar dos fases del convenio regulador: una primera propuesta de convenio regulador, relativa a las medidas provisionales, presentada con la demanda, y otra segunda propuesta de convenio regulador, tras la sentencia, relativa a las medidas definitivas de esta.

Sin perjuicio de ello, como ya he manifestado, al hablar de la primera fase relativa a las medidas provisionalísimas o previas, a mi juicio, si, en esa fase embrionaria, hay acuerdo de los cónyuges, nada impide que ese acuerdo se plasme ya en una propuesta de convenio regulador, aprobado judicialmente, que podría confirmarse una vez presentada y admitida la demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio (en la fase de medidas provisionales o coetáneas) e, incluso, en la propia sentencia que acuerde la nulidad, separación o divorcio (en la fase de medidas definitivas), siempre que dicho acuerdo conyugal o convenio regulador, adoptado en la primigenia fase de medidas provisionalísimas o previas, no sea sustituido, modificado o completado con posterioridad (arts. 771, 772 y 773 LEC).

Y es que, en fin, el convenio regulador se puede formar antes del inicio del litigio, dentro de la primera fase provisionalísima o previa, al inicio del pleito y, también, durante el curso del mismo, dentro de la segunda fase provisional o coetánea, y al final del procedimiento, dentro de la tercera fase definitiva, haciendo las veces, en cada una de las respectivas fases, de medidas provisionalísimas o previas, de medidas provisionales o coetáneas y de medidas definitivas.

Y todo ello bajo el control del juez, pues la propuesta de convenio regulador debe ser aprobada por el juez, por medio de auto, tratándose de la primera fase provisionalísima o previa, en el propio auto admitiendo la demanda o, en su caso, después, durante el curso del procedimiento, tratándose de la segunda fase provisional o coetánea, y en la propia sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio, tratándose de la tercera fase definitiva⁸². Pero dicha aprobación judicial se denegará si los acuerdos de los cónyuges son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (arts. 90, y 103 CC, y 771, 773 y 774 LEC).

a) El contenido del convenio regulador en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar:

En los procedimientos judiciales de separación o divorcio consensuales o voluntarios, es decir, por mutuo acuerdo (cuando la separación o el divorcio lo soliciten los dos cónyuges, de mutuo acuerdo, o uno de ellos con el consentimiento del otro), debe acompañarse al escrito de solicitud de separación o divorcio la propuesta del convenio regulador hecha por los cónyuges, *ex* artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, en los procedimientos contenciosos, es una facultad potestativa.

Pero, en cualquier caso, hay que resaltar, por un lado, que el convenio regulador concluido por los cónyuges debe contener, siempre que sean aplicables, los extremos mínimos que la ley —«*de ius cogens*»— señala y, por otro lado, que el convenio regulador requiere aprobación judicial para perfeccionarse y ser operativo.

El contenido mínimo del convenio regulador aparece recogido en el artículo 90 del Código civil, que, en lo referente a la vivienda familiar, dice: «1. *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:*

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar

2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

La denegación de los acuerdos (por vulnerar los límites legales establecidos para su aprobación) habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

4. El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».

b) El convenio regulador en los expedientes de separación o divorcio formulados ante el letrado de la Administración de Justicia o ante notario:

Si bien esta materia no es objeto de estudio del presente trabajo, limitado a la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, conviene apuntar una somera idea sobre aquella.

Y, en este sentido, hay que tener en cuenta que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha modificado, en su disposición final primera, determinados artículos del Código civil, permitiendo la sustanciación de la separación y el divorcio, por mutuo acuerdo, no solo ante el órgano judicial sino también ante letrado de la Administración de Justicia o ante notario, siempre que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de los progenitores, ex artículos 81, 82, 83, 87 y 90 del Código civil.

Y así, en estos concretos casos, según dichos preceptos, los cónyuges podrán acordar su separación o su divorcio, de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio en los términos establecidos en el artículo 90, que regula el llamado convenio regulador.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

Los efectos de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza del decreto que así los declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública.

De estos preceptos, en relación con el artículo 90 del Código civil, se desprende que, en los casos procedentes de separación o de divorcio, por mutuo acuerdo, formulados ante el letrado de la Administración de Justicia

o ante notario, los acuerdos de los cónyuges o convenio regulador, relativo a los efectos o medidas que han de regular las consecuencias de la separación o del divorcio, se formalizan ante el propio letrado de la Administración de Justicia o notario. Pero si estos consideran que, a su juicio, alguno de esos acuerdos puede ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (arts. 82, 87 y 90 CC).

B. La decisión o determinación judicial subsidiaria de las medidas provisionales o coetáneas, en defecto de acuerdo conyugal o convenio regulador:

Según el artículo 103 del Código civil, las medidas provisionales o coetáneas que, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, ha de adoptar el juez, a falta de acuerdo de los cónyuges o convenio regulador, aprobado judicialmente, se han de tomar con audiencia de los esposos; y, entre esas medidas, destaca (a los efectos del presente trabajo) la siguiente:

«2.ª. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno».

Este precepto aparece desarrollado procedimentalmente por el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, según los artículos 106 del Código civil y 773-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas provisionales o coetáneas quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia estimatoria o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

C. La anotación preventiva de demanda de la atribución del uso provisional de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, como medida provisional o coetánea

Una vez iniciada la segunda fase del procedimiento matrimonial, relativa a las medidas provisionales o coetáneas, derivadas de la presentación y admisión de la demanda y durante la sustanciación del proceso, cabe la posibilidad de obtener, a instancia de parte:

— Por un lado, la anotación preventiva de la demanda de nulidad, separación o divorcio, siempre que, además de afectar a bienes inmuebles o derechos reales inscritos y de pedirse en la demanda la declaración de esa situación, se demande alguno de los supuestos previstos en el artículo 42-1.º de la Ley Hipotecaria que sean congruentes con la demanda, en virtud del artículo 102, párrafo final, del Código civil, como recuerda ISAC AGUILAR⁸³. Pero, a juicio de RUIZ RICO⁸⁴, no es necesario este último requisito porque sería anotable la demanda simplemente cuando, entre los bienes comunes de los cónyuges, haya inmuebles; se trataría de una anotación preventiva conforme al artículo 42-10 de la Ley Hipotecaria.

— Y, por otro lado, la anotación preventiva de la demanda de la atribución del uso provisional de la vivienda familiar a favor del cónyuge no titular de la misma, como medida provisional o coetánea, a través del correspondiente mandamiento judicial y siempre que esta medida se haya adoptado con audiencia de los cónyuges, de conformidad con los artículos 90 y 103, en relación con el artículo 102, párrafo final, del Código civil, como también apunta ISAC AGUILAR.

En efecto, uno de los extremos mínimos que ha de contener el convenio regulador de los cónyuges, en cualquiera de sus tres posibles proyecciones o fases —provisionalísima, provisional y definitiva—, es la atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 90, 96 y 103 CC).

Y, en defecto de acuerdo o convenio regulador de los cónyuges o, en caso de no aprobación judicial del mismo, por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, es el juez quien determina el cónyuge que ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, y quien establece las medidas cautelares convenientes para conservar ese derecho (arts. 103 CC y 773 LEC).

En palabras de LUNA SERRANO,⁸⁵ el «interés más necesitado de protección» es el interés de la cohesión familiar, del cumplimiento de las funciones familiares y, por lo tanto, de la formación y educación de los hijos y su bienestar. Y ese interés familiar prioritario es el que aconseja conceder el uso de la vivienda familiar a quien vaya a seguir conviviendo con la prole o la parte de ella más joven e indefensa. Por su parte, para GARCÍA CANTERO⁸⁶, los intereses más necesitados de protección son los de la familia y sus diversos miembros (art. 39 CE) y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

Pues bien, como señala ISAC AGUILAR⁸⁷, ese uso provisional de la vivienda conyugal a favor del cónyuge no titular de la misma solo podrá ser objeto de anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, cuando dicha vivienda se hubiese constituido sobre la base de un título inscribible y efectivamente inscrito en el Registro de la Propiedad, ej., un título de

dominio o de algún derecho real idóneo o de un arrendamiento inscrito. El asiento ha de indicar el carácter temporal, contingente y transitorio del derecho de uso sobre la vivienda familiar, dada la naturaleza perentoria de estas medidas, pues la resolución judicial que adopta las mismas queda condicionada a lo que definitivamente se acuerde en la sentencia que decreta la nulidad, separación o divorcio.

Ello porque se ha producido una modificación jurídico-real provisional, fundamento de la anotación preventiva de esa concreta demanda, que puede convertirse en modificación jurídico-real definitiva, en cuyo caso se podrá practicar en el Registro de la Propiedad una inscripción de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor cónyuge no titular de la misma⁸⁸.

Por último, al igual que he puesto de relieve, con anterioridad, dentro de la fase de medidas provisionalísimas o previas, también aquí el asiento de anotación preventiva es el más adecuado, si se adopta el criterio registral, en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, de considerar el mismo como un derecho subjetivo nuevo, autónomo e independiente, creado por la sentencia judicial y oponible «*erga omnes*». Pero si, como más adelante se verá, se opta por el criterio registral de considerar la atribución judicial del uso como una mera limitación o prohibición de disponer, oponible «*erga omnes*», derivada de un derecho no real sino familiar, el asiento más coherente, en esta fase de medidas provisionales o coetáneas, es el de la nota marginal (preventiva de demanda) del artículo 96-2 del Reglamento Hipotecario (al margen de la inscripción de dominio de la vivienda).

3. LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

En la tercera y última fase del procedimiento matrimonial, relativa a las medidas definitivas, que operan tras la sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio, puede darse alguna de las siguientes situaciones:

1. En primer lugar, que haya habido acuerdo de los cónyuges o convenio regulador aprobado judicialmente, para regular las consecuencias definitivas de la nulidad, separación o divorcio.

Esto es así porque, como dice GARCÍA CANTERO⁸⁹, las medidas definitivas de las sentencias de nulidad, separación o divorcio serán las que los dos cónyuges determinen de común acuerdo (a través del convenio regulador). Nadie mejor que los propios cónyuges para fijar las consecuencias definitivas que se derivan de una sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio, evitándose, así, la intromisión judicial en la esfera íntima de la familia, salvo la necesaria aprobación judicial para controlar el posible daño para los hijos o el grave perjuicio para uno de los cónyuges.

2. Y, en segundo lugar, que no haya habido acuerdo de los cónyuges o convenio regulador o que este no sea aprobado por el juez, por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

En este caso, es el propio juez quien establece, subsidiariamente, en la sentencia estimatoria de la nulidad separación o divorcio, las medidas definitivas preceptuadas en el artículo 91 del Código civil, desarrollado, en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, por el artículo 96 del Código civil y complementados, ambos preceptos, en su aspecto procedimental, por el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y así, según el artículo 91 del Código civil, *«en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»*.

Estas medidas definitivas suceden —sustituyen o ratifican y, en su caso, complementan— a las medidas provisionales, adoptadas durante la tramitación del procedimiento (o sea, mientras se sustancia el pleito), de igual forma que estas últimas, a su vez, suceden, en su caso, a las medidas provisionalísimas o previas, adoptadas cuando lo solicita el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio. Por eso, las medidas definitivas, por contraposición a las medidas provisionalísimas o previas y a las medidas provisionales o coetáneas, tienen una vocación de estabilidad, sin perjuicio de su posible revisión.

En efecto, las medidas definitivas convenidas por los cónyuges judicialmente en el convenio regulador y, en su defecto, las medidas definitivas adoptadas, subsidiariamente, por el juez en la propia sentencia podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio de los cónyuges aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges (arts. 90-3 y 91, *«in fine»* CC, y 775 LEC).

Pero, para ello, es necesario que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de dichas medidas definitivas.

Y así, según la SAP de Murcia de 19 de febrero de 2009, citada por LUQUE JIMÉNEZ⁹⁰, para la viabilidad de la modificación judicial de las medidas definitivas, se requiere la concurrencia de un presupuesto cierto y fundamental que altere sustancialmente las bases donde se sentaron las medidas y acuerdos que se pretenden modificar, de tal manera que su man-

tenimiento suponga un grave perjuicio para los interesados en las mismas. Ello comporta por quien solicite tal pretensión la aportación a los autos de aquellas pruebas que permitan sustentar con éxito la concurrencia de ese presupuesto que altere de forma sustancial y con carácter estable y permanente, y no meramente esporádico o accidental, las circunstancias que, en su momento, fundamentaron la adopción de las medidas definitivas y, en concreto, la atribución del uso.

Añade la autora que, conforme a una reiterada interpretación doctrinal y judicial de los artículos 90 y 91 del Código civil, para pueda ser acogida la acción de modificación de medidas, han de concurrir los siguientes requisitos:

- Un cambio objetivo de la situación contemplada al tiempo de adoptarse la medida que se intenta modificar.
- Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en el sentido de que afecte a la esencia de la medida y no a factores meramente periféricos o accesorios.
- Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, sino que ofrezca unas características de cierta permanencia en el tiempo.
- Y que el citado cambio obedezca a circunstancias imprevistas o imprevisibles, lo que excluye aquellos supuestos en los que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias⁹¹.

A. El sujeto titular del uso de la vivienda familiar:

El efecto o medida definitiva concreta relativa al uso de la vivienda familiar, preceptuada en el artículo 91 del Código civil, aparece desarrollada en el artículo 96 de este cuerpo legal, al decir que «*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.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Así pues, la atribución judicial del uso de la vivienda familiar se determina conforme a las siguientes reglas:

1. En primer lugar, rige el acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez.

Y, en este caso, destacan como hipótesis:

a) Que el uso se atribuya solamente al cónyuge no propietario, en cuyo supuesto, será este, como cónyuge usuario, el sujeto titular del derecho de uso.

b) Que el uso se atribuya solamente a los hijos menores de edad o incapacitados, en cuyo supuesto, serán estos los sujetos titulares del derecho de uso.

c) Que, en ausencia de hijos menores, el uso se atribuya bien a los hijos mayores de edad (por carecer de ingresos propios o independencia económica) y al cónyuge con el que convivan, en cuyo supuesto, los sujetos titulares del derecho de uso serán todos ellos, o bien solamente a los hijos mayores de edad, en cuyo supuesto, serán estos los sujetos titulares del derecho de uso.

2. En segundo lugar, habiendo hijos menores de edad o incapacitados, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En este caso, según la mayoría de la doctrina y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el sujeto titular del derecho de uso será el cónyuge custodio, exclusivamente, pues no existe ninguna titularidad jurídica a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho⁹².

Quedando repartidos, unos hijos en la compañía de un cónyuge y otros hijos en la compañía del otro cónyuge (guarda y custodia repartida), el Juez resolverá lo procedente, tal como se estudiará más adelante; y, en los casos de guarda y custodia compartida, las distintas posibilidades de atribución del uso de la vivienda familiar, con sus respectivas titularidades, se abordarán en los subepígrafes correspondientes.

3. Y, en tercer lugar, no habiendo hijos, el juez, si lo estima aconsejable, podrá atribuir temporalmente el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma, si el interés de este es el más necesitado de protección y las circunstancias lo hacen aconsejable, en cuyo caso, el sujeto titular del derecho de uso será dicho cónyuge.

Por último, conviene poner de manifiesto que, aunque es posible que el uso se atribuya al cónyuge propietario único o exclusivo de la vivienda, como se analizará más adelante, la Dirección General de los Registros y del Notariado no lo considera inscribible, como tal derecho, pues, de accederse

a ello, la inscripción del uso sería innecesaria y redundante, debido a que la facultad de uso queda subsumida en el propio derecho de propiedad; y hay que tener en cuenta que no se pueden superponer derecho de propiedad y derecho de uso sobre el mismo inmueble porque la propiedad absorbe al derecho de uso⁹³.

B. La inscripción del uso de la vivienda familiar, como medida definitiva, y su oponibilidad frente a los actos dispositivos sobre la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido al cónyuge no titular:

El artículo 96, párrafo final, del Código civil sujeta los actos de disposición sobre la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido al cónyuge no titular de la misma a la necesaria obtención del consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, autorización judicial.

Por su parte, el artículo 1320 del Código civil, reza *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.*

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Y, en desarrollo de este precepto, dispone el artículo 91-1 del Reglamento Hipotecario que *«Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».*

La diferencia fundamental en la aplicación de los artículos 96 y 1320 del Código civil estriba en la existencia o no de una crisis matrimonial, pues el artículo 1320 se aplica en la situación de ausencia de crisis matrimonial, o sea, cuando existe constante matrimonio, mientras que el artículo 96 se aplica cuando se ha llevado a cabo la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, como consecuencia de la crisis matrimonial⁹⁴.

Como dice LUNA SERRANO⁹⁵, la mayor efectividad del artículo 96, párrafo final, del Código civil se logra mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso constituido sobre la vivienda familiar, como efecto o medida definitiva concreta de la sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio.

La inscribibilidad de este derecho de uso en el Registro de la Propiedad ha sido confirmada, en múltiples ocasiones, por la doctrina de la DGRN y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como ya se ha expuesto con anterioridad.

El fundamento de su inscripción radica en dotar a este derecho de oponibilidad «*erga omnes*», pues dicho derecho de uso limita las facultades dispositivas del cónyuge propietario de la vivienda familiar, en el sentido de que necesita obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso, o, en su defecto, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda. Por eso, debe tener acceso al Registro, ya que, en caso de falta de inscripción del uso, una afirmación falsa del cónyuge disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido⁹⁶.

A mi juicio, el asiento a practicar, en esta fase de medidas definitivas de la sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio, puede ser bien el de inscripción propiamente dicha o bien el de la nota marginal del artículo 96-2 del Reglamento Hipotecario (al margen de la inscripción de dominio de la vivienda) —o, caso de constar practicada, con anterioridad, y vigente, la anotación preventiva o la nota marginal preventiva de la atribución del uso provisionalísimo o provisional (como medida cautelar provisionalísima o provisional), el de conversión en inscripción o nota marginal definitiva de dicha anotación preventiva o nota marginal preventiva, respectivamente—, según el criterio registral que se adopte en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, bien como derecho subjetivo nuevo, autónomo e independiente (distinto del derecho existente antes de la crisis matrimonial), creado por la sentencia judicial, y oponible «*erga omnes*», o bien como mera limitación o prohibición de disponer, oponible «*erga omnes*», derivada de un derecho no real sino familiar (pero no un derecho nuevo que antes de la crisis matrimonial no existiera, sino el mismo derecho familiar, que, tras la crisis matrimonial, legitima al cónyuge custodio y beneficiario para la posesión exclusiva de la vivienda familiar frente al cónyuge propietario)⁹⁷.

a) Actos dispositivos voluntarios, forzosos y por ejercicio de la «*actio communi dividundo*»:

a') Actos dispositivos voluntarios y los consentimientos requeridos:

Como ya hemos adelantado, al hablar de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, a mi juicio, se puede afirmar que es un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y «*sui generis*», que se caracteriza por tres notas fundamentales:

1. Porque produce, como efecto único, exclusivo y consustancial, una limitación, oponible «*erga omnes*», impuesta por el artículo 96, párrafo

cuarto, del Código civil a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda; consentimiento o autorización judicial supletoria que es condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, de modo que el acto dispositivo realizado sin ese requisito será anulable, por incumplimiento de dicho condicionante⁹⁸. Y, para que esta limitación o prohibición de disponer sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

2. Porque atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, eliminando o destruyendo, así, la posesión compartida o coposesión existente hasta el momento de la crisis matrimonial.

3. Y porque se agota o extingue, como tal derecho familiar, una vez realizado el acto dispositivo, con ese preceptivo consentimiento o autorización judicial supletoria, en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente. Por lo tanto, bajo el cumplimiento de esa premisa o condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, al quedar extinguido dicho derecho de uso, no será oponible, en consecuencia, al adquirente del inmueble.

Si ello es así, en mi opinión, lo que es oponible «*erga omnes*» y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical, y tan solo, mediatamente, el derecho de ocupación, en caso de incumplimiento del condicionante ínsito en dicha limitación o prohibición: el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial supletoria para el acto dispositivo realizado sobre el hogar familiar.

Por eso, en fin, la RDGRN de 19 de enero de 2016 estima que la enajenación voluntaria por los dos cónyuges, titular y usuario, de la vivienda familiar conlleva, como efecto primordial, la extinción del derecho de uso, y la Resolución del mismo Centro Directivo de 19 de julio de 2011 resalta que el titular del derecho de uso puede renunciar a él, por ejemplo, consintiendo la enajenación de la vivienda.

Como pone de relieve CALMARZA CUENCAS⁹⁹, enajenado válidamente el bien, con el consentimiento del cónyuge usuario o la autorización judicial supletoria, la atribución judicial del uso se extingue y desaparecerá del Registro. No puede subsistir frente a terceros ajenos al vínculo matrimonial. La inscripción de la nueva titularidad implica la extinción de la

anterior titularidad y de la prohibición de disponer a la que se encontraba sujeta, conforme al artículo 76 de la Ley Hipotecaria.

Otra cosa será que, ante una enajenación de la vivienda por parte del cónyuge propietario, el cónyuge usuario y el tercer adquirente puedan pactar, en el propio acto de enajenación, que se mantenga el derecho de ocupación sobre la vivienda. Pero este derecho ya no tendrá como causa la necesidad de protección de la vivienda familiar como consecuencia del proceso de crisis matrimonial (y derivado de la obligación del cónyuge propietario de atender a la familia), sino una causa distinta, fundamentada en el propio contrato donde se pactó, y debiendo reunir, en este caso, los requisitos que el principio de especialidad impone, en cuanto a la extensión del derecho, limitación temporal, titularidad, transmisibilidad, etc..., si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad, como concluye dicho autor.

Por otra parte, como ya se ha afirmado, la mejor forma de asegurar la oponibilidad de la limitación de disponer impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil al cónyuge propietario se logra mediante la inscripción del derecho de uso constituido sobre la vivienda familiar. De ahí que la RDGRN de 31 de marzo de 2000 entienda que, en caso de separación judicial, la exigencia impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil de consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge (en este caso, se trataba de la constitución de una hipoteca) solo tiene aplicación cuando, sobre la misma, se ha constituido a favor del consorte el derecho de uso que la norma contempla, debiendo estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros.

Finalmente, por lo que respecta a los consentimientos requeridos para los actos dispositivos voluntarios sobre la vivienda familiar del artículo 96 del Código civil, podemos destacar las siguientes hipótesis:

a) Si el derecho de uso está atribuido solamente al cónyuge no propietario, para que el cónyuge propietario pueda disponer necesita el consentimiento del cónyuge usuario, o, en su caso, autorización judicial.

b) Si el derecho de uso está atribuido a los hijos menores de edad o incapacitados y al cónyuge custodio no propietario, para que el cónyuge propietario pueda disponer basta el consentimiento del cónyuge custodio, usuario, sin necesidad de autorización judicial, pues el titular del derecho de uso es, exclusivamente, el cónyuge, siendo los hijos beneficiarios, según la RDGRN de 14 de mayo de 2009.

c) Si el derecho de uso está atribuido solamente a los hijos menores de edad o incapacitados, para disponer se necesita el consentimiento de ambos cónyuges, como representantes legales de aquellos, y, además, autorización judicial, *ex* artículo 166 del Código civil.

d) Si el derecho de uso está atribuido al propio cónyuge titular del inmueble o a este y también a los hijos menores, excepcionalmente, aquel puede disponer, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge —por no ser este titular del dominio ni titular del derecho de uso— ni de autorización judicial —pues el titular del derecho de uso es, exclusivamente, el cónyuge, siendo los hijos beneficiarios—, según la RDGRN de 14 de mayo de 2009.

e) Si, en ausencia de hijos menores, el derecho de uso está atribuido a los hijos mayores de edad (por carecer de ingresos propios o independencia económica) y al cónyuge con el que convivan, para que el cónyuge propietario pueda disponer se necesita el consentimiento de ambos cónyuges y el de dichos hijos.

f) Si, en ausencia de hijos menores, el derecho de uso está atribuido solamente a los hijos mayores de edad (por carecer de ingresos propios o independencia económica), para que el cónyuge propietario pueda disponer necesita el consentimiento de dichos hijos o, en su caso, autorización judicial, sin que, por excepción, tampoco se requiera el consentimiento del otro cónyuge, por no ser este titular del dominio ni titular del derecho de uso.

b') Actos dispositivos forzosos. La adquisición forzosa de la vivienda familiar por un tercero como consecuencia de la ejecución de una hipoteca o de un embargo:

Cuando, como consecuencia de la ejecución forzosa de un embargo, por impago de deudas del cónyuge propietario, o de una hipoteca, por impago de la obligación garantizada, se enajena forzosamente una vivienda familiar cuyo uso corresponde al cónyuge no propietario, se plantea el problema de determinar si ese derecho de uso es oponible o no al adjudicatario, tercer adquirente, de la vivienda, es decir, con palabras de LÓPEZ FRÍAS¹⁰⁰, si se mantiene o se extingue al cambiar la titularidad del inmueble, como consecuencia del procedimiento de ejecución.

Y es que, como dice LÓPEZ FRÍAS, refiriéndose a la ejecución hipotecaria, esta enajenación no forma parte de los actos dispositivos (voluntarios) que puede atacar el cónyuge (usuario) que no ha consentido, porque estamos ante una ejecución forzosa por impago de una deuda del dueño, cuya validez no depende del consentimiento del deudor ni de su cónyuge o excónyuge¹⁰¹. Por su parte, MANZANO FERNÁNDEZ¹⁰² afirma también que, en el supuesto de ejecuciones forzosas, no se aplica el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil porque no interviene la voluntad de los interesados, o sea, la del titular ejecutado y la del no titular, y porque el acto emana de la decisión de un órgano judicial.

Pues bien, registralmente, o sea, desde la perspectiva de la técnica registral, conviene distinguir las siguientes situaciones:

a) *Derecho de uso inscrito con anterioridad a la inscripción de la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo:*

En principio, pudiera parecer que el derecho de uso inscrito con anterioridad a la registración de la hipoteca o del embargo prevalece frente a estos últimos, tras la ejecución, de modo que el adjudicatario tendría que soportar la ocupación de la vivienda por el cónyuge no propietario y titular de ese derecho de uso. Ello porque, al conocer, a través de la publicidad registral, la ocupación de la vivienda, no podría ampararse en la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ni invocar a su favor los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil, que recogen el principio hipotecario de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito; así resultaría, además, del sistema (acogido por nuestras leyes procesal e hipotecaria) de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las posteriores, fiel reflejo del criterio de rigurosa prioridad registral, *ex* artículos 670-5; 674 y 692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 133 y 134 de la Ley Hipotecaria y 175-2.º del Reglamento Hipotecario.

Pero, en realidad, ello no es así, como vamos a examinar:

1. En el caso de la hipoteca, tras la separación, nulidad o divorcio, apareciendo atribuido e inscrito el derecho de uso, el cónyuge propietario de la vivienda familiar puede hipotecarla, pero precisa, como requisito de validez, el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial (determinando su ausencia la anulabilidad de la hipoteca), al constituir la hipoteca un acto dispositivo, en virtud del artículo 96, párrafo final, del Código civil; de lo contrario, la hipoteca no se podrá inscribir.

Por ello, como dice la RDGRN de 19 de enero de 2016, si se constituye la hipoteca con el consentimiento de ambos cónyuges, titular y usuario, la ejecución de dicha hipoteca llevará consigo la extinción del derecho de uso¹⁰³, lo cual aparece justificado, en mi opinión, porque, al ser la hipoteca (acto dispositivo voluntario) un derecho de realización de valor, constituye la antesala de un posible y potencial acto dispositivo, esta vez forzoso (la enajenación forzosa en pública subasta, que hará desaparecer el inmueble del patrimonio de su propietario¹⁰⁴), en caso de impago de la deuda garantizada con la hipoteca¹⁰⁵.

De esta manera, en caso de ejecución forzosa de la hipoteca, al aparecer ya prestado anticipadamente, en la constitución de la hipoteca por el cónyuge propietario, el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, el

órgano judicial, en el momento de la adjudicación, entre la disyuntiva de determinar si la ejecución hipotecaria conlleva la extinción del derecho de uso o si este ha de subsistir como derecho independiente y anterior, deberá optar por la primera alternativa, decretando y ordenando la cancelación del derecho de uso, por extinción del mismo (incluso, aunque la hipoteca se haya constituido por ambos cónyuges, con arreglo al artículo 1320 del Código civil, con anterioridad a la atribución judicial del uso y se haya inscrito con posterioridad a este¹⁰⁶).

CALMARZA CUENCAS¹⁰⁷ va más allá, pues señala que, una vez consentida la hipoteca, por ambos cónyuges, e inscrita, despliega todos sus efectos y, en caso de ejecución y adjudicación de la finca a favor de un tercero, se producirá la extinción del derecho de uso, de igual manera que la inscripción de la transferencia del dominio produce la extinción de la anterior titularidad (*ex* artículo 76 LH). La inscripción del dominio y la limitación de las facultades de disposición que implica el uso van indisolublemente unidas, de tal manera que la extinción de la primera implica la de la segunda. La atribución del uso no tiene naturaleza de derecho real. Desde el punto de vista de los terceros, solo implica una limitación a la facultad de disposición y no deberá existir si el dominio al que afecta se transmite a un tercero.

Además de la razón anterior, que suscribo, a juicio de este autor, la atribución judicial del uso no debe subsistir registralmente, aun siendo un asiento anterior al de la hipoteca, por los siguientes motivos, que también comparto:

- Si lo inscribible no es el derecho de ocupación o de posesión exclusiva, en sí mismo considerado, sino la limitación que, para la eficacia de este derecho, impone al cónyuge titular el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, deberían aplicarse, en sede registral, a la inscripción del uso (si bien limitado a la vivienda afectada por este derecho) los mismos efectos que produce la declaración de concurso, cuya anotación o inscripción no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquella, conforme al principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria¹⁰⁸.
- Y, si el uso inscrito en el Registro debe subsistir, en caso de ejecución de una hipoteca posterior ¿qué sentido tiene exigir el consentimiento del cónyuge usuario para constituir la hipoteca, si, de su ejecución, no va a resultar afectado su derecho?

2. Y, en el caso del embargo, según el artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario, «*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos*

cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

Este precepto es aplicable tanto a las situaciones de normalidad del matrimonio como a los casos de crisis matrimonial. Y, en esta última hipótesis, apareciendo inscrito el uso y resultando, por lo tanto, del Registro, el carácter de vivienda habitual del inmueble, para que el registrador de la propiedad pueda practicar la anotación preventiva de embargo, se requiere que el embargo haya sido notificado al cónyuge no titular, o sea, al cónyuge usuario.

Y es que, tratándose de una ejecución forzosa, el consentimiento previo exigido por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil para las enajenaciones voluntarias se sustituye por la notificación al cónyuge no titular, *ex* artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario, en relación con el mentado precepto del Código civil¹⁰⁹.

Por lo que respecta a los efectos de esa notificación al que, como ocupante de la vivienda, prevé el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiendo, con CALMARZA CUENCAS¹¹⁰ y MANZANO FERNÁNDEZ¹¹¹, que se reducen a que el cónyuge no titular tenga conocimiento de la ejecución, pero sin que pueda oponerse por el único hecho de tratarse de la vivienda familiar ni esté legitimado para interponer una tercería (art. 595 LEC)¹¹². Podrá señalar otros bienes del ejecutado para que sean objeto del embargo (*ex* art. 592 LEC), pero la ocupación de la vivienda por la familia no será obstáculo para la ejecución ni será oponible al rematante o adjudicatario¹¹³; el cónyuge a quien se ha atribuido el derecho de uso puede hacerlo valer solicitando la inscripción registral, pero no puede impedir la realización ejecutiva para dar satisfacción a créditos exigibles¹¹⁴.

Si el artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario exige la expresada notificación es para advertir al titular del uso que, en caso de ejecución, su derecho va a desaparecer y para evitar que este inexcusable efecto se produzca sin tener conocimiento siquiera del procedimiento. Otro sentido de la notificación no es posible porque, como dice CALMARZA CUENCAS, nuestro sistema registral nunca exige notificar a ningún derecho que sea anterior y preferente, puesto que no se va a ver afectado por el embargo posterior.

Por eso, a mi juicio, no se alcanza a comprender la opinión de GARCÍA GARCÍA¹¹⁵, cuando, al comentar el artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario, afirma que, cuando conste inscrita la atribución del uso de la antigua vivienda habitual de la familia a favor del cónyuge, ya no se trata de «vivienda habitual de la familia», pues, si ha habido divorcio, ya no conviven ambos cónyuges en dicho domicilio, por lo que no parece que haya de exi-

girse la notificación al cónyuge titular del derecho de uso (para la práctica de la anotación sobre los derechos del cónyuge titular de la propiedad); pero, naturalmente —añade el citado autor—, si la anotación de embargo se decreta respecto a la totalidad de derechos sobre la vivienda o se hace de forma genérica, refiriéndose a la «finca» de que se trate, procede que el registrador de la propiedad deniegue la anotación de embargo respecto al derecho de uso, por constar inscrito a nombre de persona distinta del demandado, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Y digo que no se alcanza a comprender esta opinión expresada de GARCÍA GARCÍA porque el hecho de constar inscrita la atribución del uso de la antigua «vivienda habitual de la familia» a favor del otro cónyuge no significa que ya no se trate de vivienda habitual de la familia (aunque ya no conviva el cónyuge titular en dicho domicilio), porque, tras la atribución del uso de la vivienda familiar (y en tanto en cuanto no aparezca extinguido el derecho de uso sobre la misma), esta sigue conservando el carácter de vivienda familiar en cuanto sirve a un determinado grupo familiar, aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Así se pronuncia la jurisprudencia y, en concreto, expresamente la importantísima STS de 20 de noviembre de 2018, que, más adelante, analizaremos con detalle.

Por eso, en mi opinión, parece que GARCÍA GARCÍA estuvo más acertado en otras versiones anteriores de sus obras, en cuanto se mostraba partidario de exigir esa notificación al cónyuge usuario, aunque siguiese adoleciendo de otra contradicción, pues exigir esa notificación al cónyuge usuario es incompatible con la denegación del embargo respecto del derecho de uso inscrito, dado que, como afirma CALMARZA CUENCAS, si se entiende que debe denegarse el embargo sobre el derecho de uso ¿para qué exigir esa notificación previa? Además, me pregunto ¿cómo se va a decretar el embargo del derecho de uso del cónyuge beneficiario del mismo, siendo así que es un derecho personalísimo, intransmisible e inembargable como tal derecho¹¹⁶ —sin perjuicio de la eventual disponibilidad de la vivienda como inmueble—? Téngase en cuenta que, como ha declarado el Tribunal Supremo, el derecho de uso es un derecho de carácter familiar y no patrimonial, y solo pueden ser objeto de embargo derechos patrimoniales, es decir, derechos que tengan un contenido susceptible de ser valorado económicamente. Y es que, como señala CURIEL LORENTE¹¹⁷, no es posible el embargo del derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges porque el fundamento familiar de la atribución impide que cualquier otra persona, a través de un procedimiento de ejecución, devenga titular del mismo derecho, vinculado, la mayoría de las veces, a una función legal de cuidado de hijos. Cabría, en cambio, el embargo del mismo derecho en unión con el de propiedad del cónyuge no usuario, para lo cual sería necesaria dicha notificación al cónyuge usuario.

Por otra parte, la protección que, en coherencia con la Constitución (arts. 39 y 47), el Código civil brinda a la familia y a los hijos, así como a la vivienda familiar, es la misma tanto en las situaciones de normalidad del matrimonio —a través del artículo 1320— como en los casos de crisis matrimonial —a través del artículo 96, párrafo cuarto—, al exigir, ambos casos, el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar. Y el hecho de que la atribución del uso sea inscribible no altera su naturaleza.

Por eso, del mismo modo que, si, durante la normalidad del matrimonio, la vivienda familiar es embargada por deudas del cónyuge titular de aquella, la desprotección de la familia y de los hijos no es obstáculo para la ejecución del embargo, con la consiguiente adquisición por el adjudicatario, tercer adquirente, del inmueble, libre de cualquier carga o limitación relativa a la protección familiar de aquel (y debiendo ser desalojada la familia de la finca), lo mismo sucederá si el inmueble es embargado tras la crisis matrimonial, habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, y aun constando inscrito el derecho de uso.

En definitiva, constando inscrito el uso con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, el adjudicatario recibirá el bien libre de esa pretendida carga del uso, sin que nada pueda hacer el cónyuge usuario, porque nada podría hacer si la ejecución se hubiera producido en una situación de normalidad matrimonial. Por lo tanto, la inscripción de la adjudicación llevará consigo la extinción de la atribución judicial del uso del mismo modo que se ha explicado con anterioridad para las enajenaciones voluntarias.

Y, a mi juicio, no puede contraargumentarse que el rematante adquirirá la vivienda con la carga del uso, en aplicación del principio de prioridad registral, por las siguientes razones:

1. Porque, tratándose de una ejecución forzosa, el consentimiento previo exigido por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil para las enajenaciones voluntarias se sustituye por la notificación al cónyuge no titular, *ex* artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario, y la decisión de la autoridad ejecutiva (al no tener cabida en la ejecución forzosa la voluntad del no titular y, ni siquiera, la del titular), por lo que la inscripción de la adjudicación llevará consigo la extinción de la atribución judicial del uso.

2. Porque el Tribunal Supremo ha dicho que este derecho de uso no es un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino un derecho que se mueve en la esfera de los derechos familiares. Y, como dice MANZANO FERNÁNDEZ, no es un derecho nuevo que antes no existiera, sino el mismo derecho a la vivienda que tenían los cónyuges y los hijos antes de la crisis matrimonial.

3. Porque el efecto de ese derecho ocupacional familiar y «*sui generis*», consistente en la imposición al cónyuge titular de una limitación dispositiva oponible «*erga omnes*», se agota, en sí mismo, una vez realizado el acto dispositivo, con el consentimiento del cónyuge titular y del cónyuge usuario (o autorización judicial supletoria), en las enajenaciones voluntarias, o con el sustituto de ese consentimiento (la decisión o imposición de la autoridad ejecutiva), en las enajenaciones forzosas y en las derivadas del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», y siempre que en estos dos últimos casos haya tenido lugar la debida intervención del cónyuge beneficiario del uso en el procedimiento correspondiente.

4. Porque la crisis matrimonial no puede reforzar una situación posesoria que, en la situación de normalidad de matrimonio, era la misma; no hay razón alguna que justifique mayor protección en situaciones de crisis que en situaciones de normalidad matrimonial. Por eso, como señala MANZANO FERNÁNDEZ, si se entendiera que el rematante adquiere la finca con la pretendida carga del uso, ello supondría afirmar que el ordenamiento jurídico dispensa una protección más férrea al cónyuge no titular y a los hijos una vez disuelto el matrimonio que constante el mismo y que están más desprotegidos los acreedores del titular cuando se divorcia que mientras está casado.

Además, ello podría dar lugar a alguna situación extrema, pero factible, de picaresca, en la que, amenazado el titular por la acción de los acreedores, y siendo el único objeto posible de ejecución la vivienda habitual, acordara con su pareja la disolución del vínculo matrimonial y atribución a esta del uso de la vivienda en convenio regulador, asegurándose así, al menos, la legitimación para poseer la vivienda durante el tiempo convenido y dejarla a salvo de la ejecución, que, por el contrario, desplegaría todos sus efectos si no hubiera habido divorcio.

En consecuencia, como señala CALMARZA CUENCAS, cuando entra en colisión la eficacia de la atribución judicial del uso con procesos de ejecución (hipotecas o embargos) o con actos de disposición voluntarios sobre la vivienda familiar, deberemos huir de razonamientos que nos lleven a conclusiones discriminatorias, con soluciones distintas, según se haya producido o no la crisis o ruptura matrimonial.

La protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar se despliega tanto en la situación normal del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial, sin que merezcan mayor protección los intereses de menores en uno que en otro caso. Como afirma la STS de 8 de octubre de 2010, no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges. Y, en Sentencia de 18 de enero de 2010, el Tribunal Supremo recalca que las consecuencias del divorcio o separación no tienen que ver con los terceros propietarios.

Concluye CALMARZA CUENCAS añadiendo que, una vez consagrado en el artículo 14 de la Constitución española la igualdad de todos ante la ley, sin que sea posible ninguna discriminación por cualquier circunstancia personal o social, no debería haber diferencias en el tratamiento legal y jurisprudencial en los casos de normalidad del matrimonio y en los de crisis o ruptura de la relación conyugal.

5. Porque, como dice CALMARZA CUENCAS, entender que la atribución judicial del uso debe subsistir (según parece presuponer GARCÍA GARCÍA) supondría, «*de facto*», excluir la vivienda familiar del principio de responsabilidad patrimonial universal en estos supuestos de crisis matrimonial, sin fundamento legal que lo ampare y con grave discriminación para las familias donde se mantiene el vínculo matrimonial. Y no se diga que no procede la extinción de un derecho inscrito en el Registro, como es el uso familiar, con una simple notificación a su titular, pues la atribución judicial del uso no ha creado ningún derecho nuevo, el cónyuge usuario no es titular de ningún derecho real (sino de un derecho familiar «*sui generis*» —apostillo yo—, cuya constancia registral se limita a publicar exclusivamente la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular no usuario).

6. Y, en fin, porque, en mi modesta opinión, todas las consideraciones expuestas se adecúan a la lógica del sentido común.

b) Derecho de uso no inscrito:

En el caso de la hipoteca, la posible falta de consentimiento del cónyuge no propietario y usuario a la constitución de la hipoteca no podrá oponerse, como limitación dispositiva del cónyuge propietario, al tercer adquirente de buena fe, adjudicatario de la finca, en virtud del principio de fe pública registral, en su vertiente de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Y si la hipoteca se ha formalizado con el consentimiento de ambos cónyuges, titular y usuario, la ejecución de la hipoteca conllevará civilmente la extinción del derecho de uso, como ya se ha estudiado.

En el caso del embargo por deudas propias del cónyuge titular, si no se ha practicado la notificación exigida por el artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario, por no resultar del Registro ni del mandamiento el carácter de vivienda habitual de la familia del inmueble embargado, esa falta de notificación no podrá oponerse, como limitación dispositiva del cónyuge propietario, al tercer adquirente de buena fe, adjudicatario de la finca, en virtud del principio de fe pública registral, en su vertiente de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Y si se ha llevado a cabo dicha notificación, la ejecución del embargo llevará consigo civilmente la extinción de la atribución judicial del uso.

c) Derecho de uso inscrito con posterioridad a la inscripción de la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo:

Aquí se plantean dos problemas: uno común a la hipoteca y al embargo, que es el de la extinción o purga, como consecuencia de la ejecución, y otro específico de la hipoteca, que es el referente al grado de intervención que debe tener el cónyuge usuario en el procedimiento de ejecución directa de hipoteca.

1. Con respecto a la primera cuestión de la extinción o purga, según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la hipoteca inscrita o el embargo anotado con anterioridad a la inscripción del derecho de uso prevalecen sobre este en caso de ejecución forzosa de aquellas respectivas cargas o gravámenes, de modo que el derecho de uso se extinguirá y se cancelará por el registrador de la propiedad, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca o del embargo registrados con anterioridad. Ello por aplicación estricta de las reglas de la ejecución y de conformidad con los principios de prioridad y de purga de los artículos 134 de la Ley Hipotecaria, 175-2.^a del Reglamento Hipotecario, 674 y 692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo mismo sucederá respecto al derecho de uso anterior a la inscripción de la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo, pero inscrito rezagadamente con posterioridad a estos.

Aplicando estos principios e invocando la STS de 6 de marzo de 2015, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 23 de marzo, 8 de abril y 11 de noviembre de 2015, 5 de septiembre de 2016, 27 de diciembre de 2017 y 8 de marzo de 2018, considera que el derecho de uso inscrito (y el no inscrito) a favor del cónyuge no propietario decae ante la ejecución de una hipoteca preferente, aun cuando esta hubiera sido constituida únicamente por el cónyuge propietario, de modo que procederá la purga del derecho de uso.

Ahora bien, estoy de acuerdo con CALMARZA CUENCAS¹¹⁸, cuando dice que, si bien, en esta hipótesis, procede la extinción del derecho de uso, no comparte la argumentación de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ello porque la atribución judicial del uso inscrita en el Registro no constituye, propiamente, una carga que haya de ordenarse jerárquicamente con otras cargas, conforme al principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, sino que hace pública la situación subjetiva en que se coloca al propietario de la vivienda en cuanto al ejercicio de las facultades de disposición sobre ella, de modo semejante a las resoluciones judiciales sobre incapacitación contempladas en el artículo 2-4 de la Ley Hipotecaria, por lo que su extinción es ajena al concepto de purga.

2. Y con respecto a la segunda cuestión, específica de la hipoteca, referente al grado de intervención que debe tener el cónyuge usuario en

el procedimiento de ejecución directa de hipoteca, el Centro Directivo, aplicando su propia doctrina en relación con el tercer poseedor de finca sujeta a ejecución hipotecaria, resuelve que el cónyuge usuario, o titular del derecho de uso, no tiene la consideración de tercer ocupante del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que solo tiene título de posesión del art. 438 CC), sino la de tercer poseedor del artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que tiene título inscrito). Y, por lo tanto, teniendo en cuenta, además, la especial relevancia de la vivienda familiar y la protección que, para la misma, supone el derecho de uso, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado y requerido de pago en el proceso de ejecución, si tal derecho de uso era conocido por el acreedor hipotecario o si constaba inscrito en el Registro con anterioridad a la iniciación del proceso, *ex* artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria¹¹⁹.

CALMARZA CUENCAS no comparte estos argumentos por las siguientes razones:

— En cuanto a la asimilación a un tercer poseedor, porque, aunque es un concepto que tiene una regulación incompleta y fragmentaria, no parece que pueda encajarse en los supuestos que contempla el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La atribución judicial del uso no tiene carácter de derecho real. Su constancia registral se limita a publicar una limitación de las facultades dispositivas del propietario para hacer eficaz y que se respete el derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda por uno de los cónyuges. Pero, como viene insistiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta atribución judicial no crea ningún derecho nuevo y sí únicamente protege el derecho que la familia ya tenía.

— Y, en cuanto al argumento de la especial relevancia de tratarse de la vivienda familiar, esta consideración implica una discriminación respecto de todas aquellas familias que, por no haber tenido la desgracia de haber sufrido una crisis matrimonial, no han tenido la posibilidad de atribuir el uso a ninguno de los cónyuges. Si ha de protegerse la vivienda familiar, ha de ser en todos los casos y no solo en estas situaciones conflictivas. Además, aceptar este argumento llevaría a la conclusión de que, en todos los supuestos de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, constante matrimonio, debería exigirse que se demandara y requiriese de pago al cónyuge no propietario, aunque no fuera deudor, hubiera consentido o no la hipoteca, pues igual protección merece su derecho y el de sus hijos menores a continuar ocupando la vivienda que aquel a quien se ha adjudicado el uso.

El derecho de ocupación exclusiva del cónyuge usuario en situaciones de crisis matrimonial es exactamente el mismo derecho que tiene el cónyuge

no propietario, constante el matrimonio, para ocupar la vivienda familiar que pertenece con carácter privativo a su consorte. Y es que, concluye CALMARZA CUENCAS, como ha dicho el Tribunal Supremo, no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges¹²⁰.

c') Actos dispositivos por ejercicio de la «*actio communi dividundo*». La adquisición de la vivienda familiar por un tercero como consecuencia de la división de la cosa común:

Un supuesto frecuente en la práctica se produce cuando la vivienda familiar pertenece a los dos cónyuges en condominio ordinario, es decir, en comunidad romana o por cuotas («*pro indiviso*»), y la sentencia de nulidad, separación o divorcio atribuye el uso a uno de los cónyuges.

En este caso, surgen los problemas de determinar, por un lado, si podrá uno solo de los cónyuges, normalmente, el cónyuge no usuario, ejercitar la «*actio communi dividundo*», o sea, la acción de división de la cosa común, y, por otro lado, si subsistirá o se extinguirá el derecho de uso de la vivienda familiar, tras el resultado derivado del ejercicio de dicha acción.

1. Con respecto al primer problema, según el artículo 400 del Código civil, «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (facultad irrenunciable, imprescriptible y personalísima).

Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años.

Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención».

Y, como, de ordinario, la vivienda familiar resultará indivisible, el ejercicio de la acción de división se traducirá en su adjudicación a uno de los condueños, pagando al otro su parte, o en la venta en pública subasta a un tercero, que pasará a ser nuevo propietario de la vivienda familiar.

Así resulta del artículo 404 del Código civil, al decir que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio»¹²¹.

Pues bien, como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA¹²², siendo todo ello así, a pesar de la dicción del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, el cónyuge no usuario puede ejercitar la «*actio communi dividundo*», sin necesidad del consentimiento del cónyuge usuario, en base a los preceptos citados y por el hecho de que la división, en sí misma, no es considerada un acto dispositivo sobre la vivienda, sino un mero acto declarativo o especificativo de los derechos de los copropietarios, por el que la cuota se materializa en una parte real.

2. Y, con respecto al segundo problema, referente a si subsistirá o se extinguirá el derecho de uso de la vivienda familiar, tras el resultado derivado del ejercicio de dicha acción y, en definitiva, a la oponibilidad o no de dicho derecho de uso frente al adquirente de la vivienda, se puede afirmar que el criterio doctrinal mayoritario y el de la jurisprudencia consolidada es que el ejercicio de dicha acción de división de la vivienda familiar de titularidad común, en los casos de nulidad, separación o divorcio, no afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, de modo que el derecho que otorga el artículo 400 del Código civil (división y cesación de la comunidad) coexiste con la atribución del derecho de uso de dicha vivienda familiar, pues este no actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad¹²³.

En este sentido, las Sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 14 y 18 de enero de 2010 sostienen que el derecho del cónyuge usuario es oponible «*erga omnes*» a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único o en la subasta consiguiente a la acción de división.

Y la STS de 27 de febrero de 2012, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad y puede imponer la división a su exmarido, considera que de ello no se puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección¹²⁴.

Si esto es así, la eventual venta de la vivienda familiar en pública subasta debe garantizar la subsistencia del derecho de uso en cuestión, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas mientras persistan las circunstancias tomadas en consideración para dicha atribución. Dicho de otra forma, la venta en pública subasta se ha de hacer bajo la reserva del derecho de uso declarado en la sentencia matrimonial, garantizando, así, ese derecho frente al eventual adquirente del inmueble, que podrá conocer, así, la realidad del mismo¹²⁵.

En cualquier caso, como matiza ORDÁS ALONSO, una elemental norma de cautela impone que la persona beneficiaria del derecho de uso de la vivienda familiar inste su inscripción en el Registro de la Propiedad, para evitar que se disponga de la misma a favor de un tercero de buena fe, con respecto al cual el uso no sería oponible por falta de publicidad registral.

Personalmente, y partiendo del planteamiento crítico que he llevado a cabo tanto en los casos de enajenaciones voluntarias como en los supuestos de ejecuciones forzosas (hipotecas y embargos), estimo que el problema relativo a la subsistencia o extinción del derecho de uso de la vivienda familiar común, tras el resultado derivado del ejercicio de la «*actio communi dividundo*», debe solventarse en función de que la división de la vivienda común la pidan los dos cónyuges, de común acuerdo, o solamente el cónyuge no usuario:

— Si la piden los dos cónyuges de común acuerdo (interviniendo ambos en el procedimiento), se cumplirá el requisito exigido por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil, al realizarse, en su caso, la venta en pública subasta (acto dispositivo) del inmueble a un tercero, por lo que la enajenación llevará consigo la extinción del derecho de uso, por cumplimiento del condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer: el consentimiento del cónyuge usuario.

— Y si la acción es ejercitada solamente por el cónyuge no usuario, cosa legalmente posible, *ex* artículo 400 del Código civil, el derecho de uso será oponible al adquirente de la vivienda, tras la venta en pública subasta, por incumplimiento del condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer: el consentimiento del cónyuge usuario. Pero, en este caso, el cónyuge usuario no podrá impugnar la venta, aunque no haya prestado su asentimiento, precisamente porque el artículo 400 del Código civil faculta a cualquiera de los copropietarios a pedir la división de la cosa común, por no estar obligado a permanecer en la comunidad.

Por último, conviene resaltar dos importantes supuestos concretos contemplados por la DGRN:

— Por un lado, el caso de la Resolución de 19 de enero de 2016, según la cual, de la extinción del condominio existente entre los cónyuges sobre la vivienda familiar, mediante la compra de la mitad indivisa de la esposa (usuaria) por el exmarido (no usuario), no se puede derivar la extinción del derecho de uso por disposición voluntaria de su titular. Solo se extinguirá el derecho de uso si el cónyuge usuario renuncia expresamente a dicho derecho.

Razona el Centro Directivo que, si bien es cierto que, cuando se enajena la vivienda familiar a un tercero con el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso, dicho derecho de uso queda extinguido, no ocurre lo mismo en los casos de extinción del condominio existente entre ambos cónyuges sobre la vivienda familiar, como consecuencia de lo cual el marido acaba siendo propietario de la totalidad de dicha vivienda.

Y ello porque esta situación (titularidad dominical exclusiva de uno de los cónyuges y derecho de uso atribuido al otro cónyuge) es la que el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil considera como supuesto normal de aplicación de la norma. A ello se une la doctrina del Tribunal Supremo a favor de la pervivencia del derecho de uso en los casos de ejercicio de la «*actio communi dividundo*»¹²⁶.

— Y, por otro lado, el caso de las Resoluciones de 21 de junio de 2004, 5 de julio de 2013, 24 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016 y 20 de junio de 2019, que consideran inscribible el derecho de uso cuando la vivienda familiar pertenece a ambos esposos con carácter ganancial.

Interpretando estas resoluciones, AGUIRRE FERNÁNDEZ¹²⁷ manifiesta que, al igual que ocurre con la extinción de la comunidad ordinaria, cuando se lleve a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges, es posible que la vivienda familiar se enajene en pública subasta a un tercero. Y, en ese caso, será aplicable también la doctrina jurisprudencial de la eficacia del derecho de uso frente a ese tercer adquirente y de la pervivencia del mismo hasta su extinción; por eso, resulta aconsejable y adecuado inscribir el derecho de uso.

b) Los requisitos de la inscripción del uso de la vivienda familiar:

Podemos distinguir unos requisitos sustantivos y unos requisitos formales¹²⁸.

1. Los requisitos sustantivos (recogidos por la RDGRN de 19 de septiembre de 2007) son los siguientes:

a) El reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (*ex* artículos 90 y 91 CC).

b) Y la atribución del derecho de uso al cónyuge no propietario de la vivienda familiar, pues si el uso se atribuyera al cónyuge propietario único o exclusivo, la inscripción del uso sería innecesaria y redundante, debido a que la facultad de uso quedaría subsumida en el propio derecho de propiedad; no se pueden superponer derecho de propiedad y derecho de uso sobre el mismo inmueble porque la propiedad absorbe al derecho de uso¹²⁹.

2. Por su parte, los requisitos formales son los siguientes:

a) La presentación del oportuno testimonio judicial de la sentencia (de nulidad, separación o divorcio) aprobatoria del convenio regulador (incorporado a aquella) sobre la atribución del derecho de uso y, en defecto de convenio regulador, de la sentencia en la que se establezca directamente la atribución de dicho derecho, conforme al artículo 96 del Código civil, y la acreditación de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, *ex* artículos 1333 del Código civil, 77 de la Ley del Registro Civil («LRC») y 266 del Reglamento del Registro Civil («RRC»), así como la RDGRN de 11 de abril de 2012.

Inicialmente, se suscitó una controversia acerca de si, habiendo convenio regulador, el título inscribible era el propio testimonio judicial de la sentencia aprobatoria de dicho convenio regulador (incorporado a aquella) o si se hacía necesaria su elevación a escritura pública.

Y así, ISAC¹³⁰ defendía que la sentencia aprobatoria del convenio regulador actuaba como simple título, faltando el requisito del modo o «tra-

ditio», para que la transmisión fuera completa. Por ello, a su juicio, para cumplir con el requisito de la tradición, el medio más ágil y eficaz sería el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en la que las partes entregasen aquello de que dispusieron en el convenio regulador, conforme al artículo 1462, párrafo segundo, del Código civil.

Pero, pronto dicha polémica fue zanjada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de considerar directamente inscribible el propio testimonio judicial de la sentencia aprobatoria de dicho convenio regulador, sin necesidad de su elevación a escritura pública, por tratarse de un documento auténtico¹³¹.

b) La perfecta identificación de la finca sobre la que se atribuye el derecho de uso, de modo que el registrador de la propiedad no tenga dudas fundadas acerca de la misma¹³².

c) La necesidad de que quede clara en la resolución judicial la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe¹³³.

d) El cumplimiento del principio del tracto sucesivo, lo que impedirá inscribir este derecho cuando la vivienda familiar no aparezca inscrita a nombre del otro cónyuge, sino a nombre de un tercero, pues las resultas del proceso de nulidad, separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges y no a terceros¹³⁴; en esta misma línea, la RDGRN de 21 de enero de 2008 no considera inscribible el derecho de uso atribuido al cónyuge beneficiario si, perteneciendo a este la mitad indivisa de la vivienda, la otra mitad indivisa se encuentra inscrita a favor de tercero.

Y, según la RDGRN de 21 de junio de 2004, tampoco es inscribible el derecho de uso si el usufructo de la vivienda familiar está inscrito a nombre de tercero¹³⁵. No entra la Dirección General, por no ser objeto del recurso gubernativo, en el tema de si sería posible o no la inscripción del uso como sucesivo del actual usufructo, cosa que sí que hace, en cambio, la Resolución de 28 de mayo de 2005. En efecto, según esta resolución, el derecho de uso de la vivienda familiar es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, pues, siguiendo la doctrina del usufructo de la nuda propiedad, tal derecho de uso recaerá sobre la nuda propiedad. Ello significa que, si bien la utilización de la cosa por el usuario podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible, al menos, cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide con la nuda propiedad. Además, el reflejo registral del uso impedirá que el usuario se vea afectado por un acto dispositivo de su cónyuge hecho sin su consentimiento. Y, por su parte, la RDGRN de 20 de junio de 2019 admite también abiertamente la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre finca con usufructo a nombre de tercero, pues la limitación en cuanto al disfrute desaparecerá cuando se extinga usufructo.

e) En su caso, el plazo de duración temporal del derecho de uso.

A este respecto, la RDGRN de 20 de octubre de 2016¹³⁶, después de señalar que, para la inscribibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar, este debe configurarse, conforme al principio de especialidad o determinación registral de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, con expresión concreta de las facultades que lo integran, y, entre ellas, su temporalidad (aunque no sea necesaria, la fijación de un día «*certus*»), añade que, dentro del marco del Derecho común, y sobre la base de la doctrina jurisprudencial, hay que hacer la siguiente distinción, según que existan o no hijos menores de edad:

— Si existen hijos menores de edad (art. 96, párrafos primero y segundo, CC), y dado que, en este supuesto, lo que se protege no es la propiedad de los bienes, sino el interés de los menores, no se permiten explícitas limitaciones temporales acerca del derecho de uso sobre la vivienda familiar, si bien resultarán de modo indirecto, una vez hayan llegado los hijos a la mayoría de edad¹³⁷; por eso, no resulta preciso señalar un límite temporal del derecho de uso. Así se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en Sentencias de 1, 14 de abril y 21 de junio de 2011; 18 y 29 de mayo de 2015.

— En cambio, si no existen hijos o estos son mayores de edad (art. 96, párrafo tercero, CC), a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del cónyuge propietario, por lo que, necesariamente, ha de imponerse un límite temporal al derecho de uso¹³⁸.

f) En su caso, las circunstancias personales o datos identificativos de los hijos beneficiarios del uso.

Aquí hay que distinguir también dos hipótesis:

— Si el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge y a los hijos menores en cuya compañía queden (art. 96, párrafo primero, CC), se inscribirá a nombre del cónyuge y no a nombre de los hijos, porque, en vía de principio, en puridad, no existe ninguna titularidad jurídica a favor de los hijos, que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

Una cosa es la titularidad del derecho de uso atribuido, que es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo (pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento), y otra cosa, el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso, el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia)¹³⁹.

Siendo ello así, no será necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos. Así resulta de las RRDGRN de 21 de junio de 2004, 27 de agosto de 2008, 14 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2013.

— En cambio, si el uso de la vivienda familiar se atribuye exclusivamente a los hijos, ya sean menores o mayores de edad (estos últimos por carecer de ingresos propios o independencia económica), se inscribirá a nombre de los mismos, por lo que será necesario constatar sus datos identificativos. Así lo estiman las RRDGRN de 19 de mayo de 2012; 2 de junio y 24 de octubre de 2014; 20 de octubre de 2016; 11 de enero, 8 de marzo y 30 de mayo de 2018 y 16 de mayo de 2019¹⁴⁰.

A este respecto, se puede plantear el problema de que, habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, sean estos, en cambio, mayores de edad en el momento en que se vaya a proceder a inscribir el testimonio de la resolución judicial de dicha atribución.

A mi juicio, en este caso, el registrador de la propiedad no puede denegar la inscripción del derecho de uso por haberse extinguido el mismo, al haber llegado los hijos a la mayoría de edad¹⁴¹. Por eso, en tanto no resulte acreditado que los cónyuges instaran un régimen de uso distinto del que fue asignado inicialmente, por razón de la minoría de edad de los hijos (a través del correspondiente procedimiento judicial de modificación de medidas por alteración de las circunstancias —*ex arts. 90 y 91 CC y 775 LEC*—), ni que estos, alcanzada la mayoría de edad, hayan renunciado a dicho derecho de uso, debe entenderse subsistente el mismo. Así se pronunció, con acertado criterio, la RDGRN de 11 de enero de 2018.

VI. CONCLUSIONES

I. En mi opinión, y, como conclusión central del presente trabajo, que ha guiado el hilo conductor del mismo, el derecho de uso sobre la vivienda familiar no es un derecho real porque, si lo fuera, no sería preciso el consentimiento del cónyuge usuario que exige el artículo 96 del Código civil para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma.

En realidad, creo que se puede afirmar que es un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y «*sui generis*», que se caracteriza por tres notas fundamentales:

— Porque atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, eliminando o destruyendo, así, la posesión compartida o coposesión existente hasta el momento de la crisis matrimonial.

— Porque produce, como efecto único, exclusivo y consustancial, una limitación, oponible «*erga omnes*», impuesta por el artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil a la facultad de disponer del cónyuge titular de la

vivienda familiar, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre la vivienda; consentimiento o autorización judicial supletoria que es condicionante ínsito en la limitación o prohibición de disponer, de modo que el acto dispositivo realizado sin ese requisito será anulable, por incumplimiento de dicho condicionante. Y, para que esta limitación o prohibición de disponer sea verdaderamente efectiva y oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

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

Si ello es así, a mi juicio, lo que es oponible «*erga omnes*» y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical, y tan solo, mediatamente, el derecho de ocupación, en caso de incumplimiento del condicionante ínsito en dicha limitación o prohibición: el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, la autorización judicial supletoria para el acto dispositivo realizado sobre el hogar familiar.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 135/1986, de 31 de octubre

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de septiembre de 1988
- STS de 2 de mayo de 1990
- STS de 13 de diciembre de 1991
- STS de 11 de diciembre de 1992
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 25 de mayo de 1993

- STS de 29 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 18 de febrero de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 4 de abril de 1997
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de enero de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 3 de mayo de 1999
- STS de 1 de abril de 2001
- STS de 15 de febrero de 2002
- STS de 11 de diciembre de 2002
- STS de 28 de marzo de 2003
- STS de 22 de abril de 2004
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 25 de mayo de 2005
- STS de 26 de diciembre de 2005
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 20 de junio de 2006
- STS de 26 de junio de 2007
- STS de 5 de noviembre de 2008
- STS de 3 de diciembre de 2008
- STS de 14 de enero de 2009
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 18 de enero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 22 de noviembre de 2010
- STS de 28 de marzo de 2011
- STS de 1 de abril de 2011
- STS de 14 de abril de 2011
- STS de 21 de junio de 2011
- STS de 5 de septiembre de 2011
- STS de 27 de febrero de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 9 de mayo de 2012
- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 31 de mayo de 2012
- STS de 22 de noviembre de 2012
- STS de 26 de noviembre de 2012

- STS de 22 de enero de 2013
- STS de 5 de febrero de 2013
- STS de 15 de marzo de 2013
- STS de 17 de junio de 2013
- STS de 13 de julio de 2013
- STS de 17 de octubre de 2013
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 19 de noviembre de 2013
- STS de 12 de febrero de 2014
- STS de 17 de febrero de 2014
- STS de 3 de abril de 2014
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 2 de junio de 2014
- STS de 16 de junio de 2014
- STS de 25 de septiembre de 2014
- STS de 24 de octubre de 2014
- STS de 28 de noviembre de 2014
- STS de 16 de enero de 2015
- STS de 6 de marzo de 2015
- STS de 1 de abril de 2015
- STS de 18 de mayo de 2015
- STS de 29 de mayo de 2015
- STS de 15 de julio de 2015
- STS de 30 de octubre de 2015
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 21 de septiembre de 2016
- STS de 6 de octubre de 2016
- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 22 de febrero de 2017
- STS de 8 de marzo de 2017
- STS de 20 de junio de 2017
- STS de 13 de septiembre de 2017
- STS de 22 de septiembre de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 10 de enero de 2018
- STS de 14 de febrero de 2018
- STS de 20 de febrero de 2018
- STS de 9 de mayo de 2018
- STS de 27 de junio de 2018
- STS de 20 de noviembre de 2018
- STS de 12 de junio de 2020

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- ATSJ de Cataluña de 11 de abril de 1994

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante de 17 de julio de 2008
- SAP de Alicante de 14 de enero de 2010
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2011
- SAP de Alicante de 22 de junio de 2018
- SAP de Almería de 29 de junio de 1994
- SAP de Almería de 19 de marzo de 2007
- SAP de Asturias de 10 de julio de 1995
- SAP de Asturias de 29 de abril de 1998
- SAP de Asturias de 16 de junio de 2004
- SAP de Asturias de 13 de mayo de 2005
- SAP de Badajoz de 5 de mayo de 2011
- SAP de Baleares de 25 de octubre de 1999
- SAP de Baleares de 23 de septiembre de 2002
- SAP de Baleares de 5 de febrero de 2003
- SAP de Baleares de 11 de octubre de 2011
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 1989
- SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1993
- SAP de Barcelona de 22 de marzo de 1999
- SAP de Barcelona de 20 de septiembre de 1999
- SAP de Barcelona de 10 de enero de 2001
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2004
- SAP de Barcelona de 5 de julio de 2005
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2006
- SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2007
- SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2007
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008
- AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona de 20 de julio de 2016
- SAP de Burgos de 9 de diciembre de 2003
- SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012
- SAP de Cáceres de 11 de junio de 2002
- SAP de Cáceres de 21 de julio de 2010
- SAP de Cádiz de 16 de septiembre de 2002
- SAP de Cádiz de 6 de julio de 2010

- SAP de Cádiz de 7 de junio de 2011
- SAP de Cádiz de 14 de junio de 2016
- SAP de Ciudad Real de 5 de febrero de 2003
- SAP de la Coruña de 25 de febrero de 2011
- SAP de la Coruña de 31 de octubre de 2012
- SAP de la Coruña de 15 de marzo de 2016
- SAP de Gerona de 16 de abril de 2012
- SAP de Guadalajara de 7 de diciembre de 2012
- SAP de Huelva de 21 de octubre de 2013
- SAP de León de 26 de mayo de 1999
- SAP de León de 30 de diciembre de 2008
- SAP de León de 14 de enero de 2010
- SAP de Lérida de 17 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000
- SAP de Madrid de 25 de mayo de 2001
- SAP de Madrid de 13 de marzo de 2003
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2005
- SAP de Madrid de 19 de julio de 2005
- SAP de Madrid de 21 de febrero de 2007
- SAP de Madrid de 25 de septiembre de 2007
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2007
- SAP de Madrid de 17 de abril de 2008
- SAP de Madrid de 18 de septiembre de 2009
- SAP de Madrid de 9 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2011
- SAP de Madrid de 24 de enero de 2012
- SAP de Madrid de 7 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 8 de enero de 2014
- SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2015
- SAP de Madrid de 19 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 29 de enero de 2016
- SAP de Madrid de 18 de febrero de 2016
- SAP de Madrid de 10 julio de 2017
- SAP de Madrid de 27 de febrero de 2018
- SAP de Madrid de 23 de mayo de 2018
- SAP de Madrid de 12 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 18 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2018
- SAP de Madrid de 2 de abril de 2019

- SAP de Madrid de 5 de abril de 2019
- SAP de Madrid de 16 de julio de 2019
- SAP de Madrid de 17 de julio de 2019
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2004
- SAP de Málaga de 8 de abril de 2016
- SAP de Murcia de 2 de junio de 2003
- SAP de Murcia de 1 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 26 de octubre de 2004
- SAP de Murcia de 22 de mayo de 2006
- SAP de Murcia de 11 de septiembre de 2007
- SAP de Murcia de 5 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 19 de febrero de 2009
- SAP de Murcia de 16 de julio de 2009
- SAP de Murcia de 9 de diciembre de 2009
- SAP de Murcia de 8 de octubre de 2012
- SAP de Navarra de 25 de mayo de 1999
- SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001
- SAP de Las Palmas de 22 de julio de 1998
- SAP de Las Palmas de 18 de mayo de 2007
- SAP de Las Palmas de 15 de octubre de 2007
- SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2015
- SAP de Pontevedra de 3 de mayo de 2016
- SAP de Sevilla de 25 de abril de 2005
- SAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2007
- SAP de Sevilla de 23 de enero de 2012
- SAP de Sevilla de 20 de junio de 2013
- SAP de Tenerife de 12 de abril de 2013
- SAP de Tenerife de 10 de junio de 2013
- SAP de Toledo de 23 de marzo de 1995
- SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002
- SAP de Valencia de 17 de junio de 2004
- SAP de Valencia de 23 de julio de 2008
- SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2011
- SAP de Valencia de 1 de junio de 2015
- SAP de Valencia de 20 de julio de 2015
- SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 1995
- SAP de Valladolid de 17 de enero de 2007
- SAP de Valladolid de 19 de junio de 2015
- SAP de Vizcaya de 30 de abril de 2004
- SAP de Vizcaya de 17 de marzo de 2009
- SAP de Vizcaya de 15 de enero de 2010

5. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 25 de febrero de 1988
- RDGRN de 9 de marzo de 1988
- RDGRN de 10 de marzo de 1988
- RDGRN de 30 de marzo de 1995
- RDGRN de 10 de noviembre de 1995
- RDGRN de 1 de septiembre de 1998
- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 5 de febrero de 2003
- RDGRN de 18 de octubre de 2003
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 21 de junio de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 25 de octubre de 2005
- RDGRN de 21 de enero de 2006
- RDGRN de 3 de junio de 2006
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007
- RDGRN de 18 de enero de 2008
- RDGRN de 21 de enero de 2008
- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 10 de octubre de 2008
- RDGRN de 29 de octubre de 2008
- RDGRN de 14 de mayo de 2009
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009
- RDGRN de 10 de octubre de 2010
- RDGRN de 9 de enero de 2011
- RDGRN de 1 de marzo de 2011
- RDGRN de 1 de abril de 2011
- RDGRN de 14 de abril de 2011
- RDGRN de 21 de junio de 2011
- RDGRN de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 11 de abril de 2012
- RDGRN de 19 de mayo de 2012
- RDGRN de 30 de mayo de 2013

- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 9 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de mayo de 2014
- RDGRN de 2 de junio de 2014
- RDGRN de 26 de julio de 2014
- RDGRN de 29 de septiembre de 2014
- RDGRN de 16 de octubre de 2014
- RDGRN de 24 de octubre de 2014
- RDGRN de 23 de marzo de 2015
- RDGRN de 8 de abril de 2015
- RDGRN de 18 de mayo de 2015
- RDGRN de 29 de mayo de 2015
- RDGRN de 21 de septiembre de 2015
- RDGRN de 11 de noviembre de 2015
- RDGRN de 19 de enero de 2016
- RDGRN de 27 de febrero de 2016
- RDGRN de 5 de septiembre de 2016
- RDGRN de 20 de octubre de 2016
- RDGRN de 4 de septiembre de 2017
- RDGRN de 27 de diciembre de 2017
- RDGRN de 11 de enero de 2018
- RDGRN de 8 de marzo de 2018
- RDGRN de 30 de mayo de 2018
- RDGRN de 16 de mayo de 2019
- RDGRN de 20 de junio de 2019

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2010). La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Diario La Ley*, núm. 7378, 12 de abril de 2010, 1-8.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1989). *Derecho Civil, tomo III, volumen segundo*, 6.^a edición, Barcelona: Bosch.
- (2008). *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 11.^a edición, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2005). *Régimen Jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Lex Nova.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, 3458-3508.
- (2014). Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1347-1375.
- (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1964-2005.

- (2019). La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2002-2042.
- CALMARZA CUENCAS, E. (2018). La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 37, 22-36.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1583-1626.
- CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda habitual. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Vol. III*, 2.ª edición, Pamplona: Aranzadi, 297.
- CURIEL LORENTE, F. (2002). Las situaciones anómalas del matrimonio ante el Registro de la Propiedad. En: F. Corral Dueñas (coord.), *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España, años 1986-2001*, tomo I, Madrid: Colegio de Registradores, 431.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2011). Atribución temporal del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 3451-3463.
- (2012). Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, 2836-2851
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2359-2379.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 897.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2012). La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 3.
- DROMANT JARQUE, G. (2005). Comentario al trabajo de M.ª T. Martín Meléndez, Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar, atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio, y sus consecuencias, en especial en los actos de disposición, *Lunes Cuatro Treinta*, núm. 412, 35-41.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 74.
- GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª (1987). *Derecho civil español, común y foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen primero*, 11.ª edición, Madrid: Reus.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2019) *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario, tomo II*, 1.ª edición, Pamplona: Civitas, Aranzadi, Thomson Reuters.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J. (1996). Uso familiar: un nuevo derecho. *Lunes cuatro treinta*, núm. 191, 20-25.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por ex cónyuges renunciando al derecho de uso. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 67, 167-168.

- (1996). Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 68, 146-148.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2519-2525.
- (2013). La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 1133-1150.
- (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2013). Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2203-2252.
- ISAC AGUILAR, A. (1986). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1721-1735.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1993) Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. *Boletín del Colegio de Registradores* núm. 296, 1940-1947.
- LEFEBVRE, F. (2019). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Colección Derecho de Familia, 4.^a ed., Madrid: Lefebvre-El Derecho S.A.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2012). El derecho de uso *ex artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar*». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 111-136.
- LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 88-116.
- LUNA SERRANO, A. (1990). Invalidez, relajación y disolución del matrimonio. En: J.L. Lacruz Berdejo. *Derecho de familia, volumen primero*, 3.^a edición, Barcelona: Bosch, 245-246.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. (2012). La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- (2012). La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 907-934.
- (2019) Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 774, 1779-1806.
- MORENO VELASCO, V. (2009). Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho. *Diario La Ley*, 2 de febrero de 2009, edición digital, 2.
- MOYA MEDINA, S. (2006). Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales (I). *Base de Datos el Derecho*, 4-5.

- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, 1.ª edición, Las Rozas (Madrid): Bosch, Wolters Kluwer España S.A.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar versus derecho de propiedad (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 6.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar. En: *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de Hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª edición, Valladolid: Lex Nova, 524.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Reus, 25.
- ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Ministerio de Justicia, Tomo 51, *Comentarios al Código civil*. Madrid, 401.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 56.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 553, 1599-1626.
- RUIZ RICO, J.A. (1993). Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296, 1929-1940.
- SALAZART BORT, S. El uso de la vivienda familiar. (2006). En: J.M. Llopis Giner (dir.). *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 188.
- SANTOS MORÓN, M.ª.J. (2014). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma. *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, 1-36.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 107-108.
- TENA PIAZUELO, I. (2016). Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 11-12.

NOTAS

¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 153.

² MANZANO FERNÁNDEZ, M. (2019). Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 1785. La misma autora en: El uso de los inmuebles....., obra citada («*op. cit.*»), 152,153, 156 y 157.

³ JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1993). Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296, 1941-1942.

⁴ Para las SSTs de 31 de mayo de 2012 y 19 de noviembre de 2013, la vivienda familiar ha de constituir la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Por su parte, la SAP de Guadalajara de 7 de diciembre de 2012 conceptúa la vivienda familiar como el lugar donde, de manera permanente, estable e intencionada, y como centro de su convivencia íntima, reside, de forma habitual, la unidad familiar —padres e hijos— hasta el momento de producirse la crisis.

⁵ LEFEBVRE, F. (2019). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Colección Derecho de Familia, 4.ª edición, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 9-12.

⁶ ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, 1.ª edición, Las Rozas (Madrid): Bosch, Wolters Kluwer España, 73-86.

⁷ Sobre esto, no existe unanimidad en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

⁸ CUENA CASAS, M. (2017). El régimen jurídico de la vivienda habitual. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, Vol. III*, 2.ª edición, Pamplona: Aranzadi, 297.

⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 1606.

¹⁰ LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 12.

¹¹ Confrontar («Cfr.») también las SSTs de 31 de mayo de 2012, 30 de octubre de 2015 y 6 de octubre de 2016.

¹² LEFEBVRE, F., *op. cit.*, 66-69.

¹³ Cfr. las SSAP de Valencia de 4 de diciembre de 2002 y 23 de julio de 2008.

¹⁴ Cfr. las SSAP de Barcelona de 22 de marzo de 1999 y 23 de julio de 2008 y la SAP de Sevilla de 25 de abril de 2005.

¹⁵ Cfr. las SSAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2007 y 20 de junio de 2013, la SAP de Baleares de 25 de octubre de 1999, la SAP de Asturias de 16 de junio de 2004, la SAP de Murcia de 2 de junio de 2003 y la STS de 31 de mayo de 2012.

¹⁶ Cfr. la SAP de Valencia de 12 de septiembre de 2011, la SAP de Málaga de 15 de junio de 2004 y las SSAP de Madrid de 25 de mayo de 2001 y 13 de marzo de 2003.

¹⁷ Cfr. las SSAP de Madrid de 19 de julio de 2005 y 25 de septiembre de 2007. En idéntico sentido se manifiesta MOYA MEDINA, S. (2006). Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales (I). *Base de Datos El Derecho*, 4-5.

¹⁸ Cfr. la SAP de Madrid de 2 de abril de 2019.

¹⁹ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 97.

²⁰ Este criterio aparece seguido en las Sentencias del alto tribunal de 31 de mayo de 2012; 19 de noviembre de 2013; 16 de enero y 30 de octubre de 2015; 3 de marzo y 6 de octubre de 2016; asimismo, cabe destacar la SAP de Valencia de 1 de junio de 2015, la SAP de Valladolid de 19 de junio de 2015, la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2015, la SAP de la Coruña de 15 de marzo de 2016 y la SAP de Málaga de 8 de abril de 2016.

²¹ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2019). La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2008-2009.

²² PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar versus derecho de propiedad (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 6.

²³ TENA PIAZUELO, I. (2016). Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 11-12.

²⁴ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 79, 98, 101-106 y 147.

²⁵ Cfr. la SAP de Burgos de 30 de octubre de 2012 y la SAP de Huelva de 21 de octubre de 2013.

²⁶ LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 92.

²⁷ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 83-86.

²⁸ GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 74.

²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2012). La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 3.

³⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2005). *Régimen Jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid: Lex Nova, 386-387.

³¹ MORENO VELASCO, V. (2009). Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho. *Diario La Ley*, 2 de febrero de 2009, edición digital, 2.

³² ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 102.

³³ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 102, y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2013). La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 1143.

³⁴ LUCINI CASALES, A., *op. cit.*, 94-95.

³⁵ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 91-94.

³⁶ En parecidos términos se expresa la RDGRN de 26 de julio de 2014, aunque referida no a la atribución del uso, sino a adjudicaciones de fincas registrales efectuadas en un convenio regulador, en el que se formaliza la liquidación el régimen económico matrimonial y se extingue el condominio ordinario de los cónyuges sobre una vivienda familiar, una plaza de garaje y un trastero ubicados en el mismo inmueble que la vivienda familiar; dicha plaza de garaje y trastero aparecen calificados por los cónyuges como anejos inseparables de la vivienda en el propio convenio y, por lo tanto, vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan número de finca propio.

³⁷ GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J. (1996). Uso familiar: un nuevo derecho. *Lunes cuatro treinta*, núm. 191, 20-22.

³⁸ LUNA SERRANO, A. (1990). Invalidez, relajación y disolución del matrimonio. En: J.L. Lacruz Verdejo. *Derecho de familia, volumen primero*, 3.^a edición, Barcelona: Bosch, 245-246.

³⁹ ISAC AGUILAR, A. (1986). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577, 1730-1732.

⁴⁰ Y, en este sentido, si el título que le otorga la sentencia es un poder jurídico, recae directamente sobre una cosa ajena, es inmediato en ella, sin necesidad de intermediario, y es oponible frente a todos, no cabe duda de que es un derecho real de goce en cosa ajena;

y ello lo confirma el último párrafo del artículo 96 del Código civil. Finaliza ISAC AGUILAR subsumiendo este concreto derecho real al uso exclusivo de la vivienda familiar, por parte del cónyuge no titular de la misma, en el derecho real de habitación, definido en el artículo 524, párrafo segundo, del Código civil. Ello por las siguientes razones: ambos derechos lo son a ocupar cosas ajenas; ambos derechos existen en consideración a las necesidades de una familia, para satisfacerlas, tomándose en consideración a todos los sujetos que se beneficiarán del derecho; ambos derechos son eminentemente personalísimos y, en consecuencia, intransmisibles. Además, al Código civil no le es extraño la existencia de un derecho real de habitación sobre la vivienda conyugal; así se observa en el artículo 1407, que, para los casos de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, otorga al cónyuge viudo la opción entre la propiedad de la vivienda habitual o la constitución sobre ella de un derecho de habitación.

⁴¹ CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, 1609.

⁴² Ahora bien, hay que tener en cuenta que el derecho de habitación comprende el «uti», pero no el «frui»; por eso, es un derecho de uso, sin percibir frutos, aplicado a la vivienda, que, en consecuencia, excluye los frutos civiles. ALBALADEJO GARCÍA, M., (1989). *Derecho Civil, tomo III, volumen segundo*, 6.^a edición, Barcelona: Bosch, 94.

⁴³ GÓMEZ GALLIGO, F.J., (1996), en Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 68, 146-148, amparándose en las SSTs de 11 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 1994, sienta las siguientes características del derecho de uso de la vivienda familiar:

- 1) Es un verdadero derecho real oponible a terceros y susceptible de inscripción.
- 2) Está sometido a las reglas propias del Derecho Inmobiliario Registral. Entre ellas, destaca la de que deberá aparecer vinculado a la propiedad del inmueble (y así, no sería inscribible el derecho de uso atribuido al cónyuge de quien no ostenta derecho real alguno sobre la finca, en contra lo que dispuso el auto del TSJ de Cataluña de 11 de abril de 1994, que permitió la inscripción de un derecho de uso sobre una finca de los suegros, sin previa inscripción de título alguno a favor del cónyuge del usuario).
- 3) Será eficaz frente a derechos reales posteriormente constituidos (v. gr., usufructo, adquisición de propiedad, etc...), salvo que se trate de derechos reales adquiridos por tercero, sin constar inscrito el derecho de uso. En este sentido, se considera que no solo está protegido el tercero hipotecario, sino también cualquier tercer adquirente, fuera del círculo conyugal, que desconociera el derecho de uso no inscrito.
- 4) Es un derecho establecido no solo a favor del cónyuge no titular, sino, sobre todo, en beneficio de los hijos.
- 5) Cuando se establece en beneficio exclusivo de los hijos, deberá expresarse en la inscripción del uso el nombre de estos y subsistirá mientras los hijos no tengan independencia económica (por analogía con el derecho de alimentos).
- 6) A falta de hijos, el uso podrá atribuirse al cónyuge no titular, para sí, en cuyo caso será este el titular del derecho de uso, con fijación de un plazo de duración —a diferencia del supuesto anterior—.
- 7) Cuando el derecho de uso es atribuido al cónyuge no titular de la vivienda familiar, comporta una restricción de las facultades dispositivas del cónyuge titular, que, a partir de entonces, requerirá autorización del otro cónyuge para disponer de los derechos sobre la vivienda o, en su defecto, autorización judicial.
- 8) Cuando el derecho de uso se atribuye al propio cónyuge titular de la vivienda y a los hijos, rige plenamente la eficacia del derecho de uso como derecho real, de manera que será oponible a terceros que inscriban sus derechos, si el uso aparece inscrito en el Registro. Pero, en este caso, no regirá el último párrafo del artículo 96 del Código civil, por lo que no será necesario el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar para los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular de la vivienda familiar

y usuario de la misma. Lo que ocurrirá es que, como derecho real oponible a terceros, vinculará a posteriores adquirentes del inmueble, que no podrán desconocer la eficacia del derecho de uso atribuido a los hijos.

Por último, dice GÓMEZ GÁLLIGO que lo que nunca ocurrirá es la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar en el supuesto de que no existan hijos, pues, en ese caso, la propiedad absorbe al derecho de uso.

⁴⁴ RUIZ RICO, J.A. (1993). Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296, 1932-1937.

⁴⁵ LUCINI CASALES, A., *op. cit.*, 98-105.

⁴⁶ LUCINI CASALES, A., *op. cit.*, 100-101.

⁴⁷ SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 107-108.

⁴⁸ A juicio de JUANES PECES y GALVÁN ARIAS, *op. cit.*, 1946-1947, la atribución del uso de la vivienda familiar constituye un derecho real, pero un derecho real «*sui generis*», cuyo contenido vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial. Además, es un derecho inscribible, que produce eficacia real, con excepción hecha de que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso esta eficacia real será relativa, puesto que los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución. Además, señalan dichos autores que si un tercero adquiere una vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, se deberá tener en cuenta el principio de la fe pública registral (establecido en el art. 34 L.H.), al configurarse tal derecho como un derecho real y, por ende, con eficacia frente a terceros.

⁴⁹ PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid: Reus, 25.

⁵⁰ ORDÁS ALONSO, *op. cit.*, 36-37, estima que la configuración del derecho de uso como derecho real tiene como principal obstáculo aquellas situaciones en las que ninguno de los cónyuges ostenta derecho real alguno sobre el inmueble, lo que impediría constituir un derecho real de goce.

Y, en este sentido, pone de manifiesto que el principal problema al que se enfrenta la calificación del derecho de uso como derecho real no es otro que el hecho de que la atribución realizada al titular del derecho de uso es derivativa, de modo y manera que no puede tener una posición más fuerte ni dotada de un contenido mayor que la que corresponde al titular; en consecuencia, si, p. ej., la vivienda era disfrutada por el matrimonio en virtud de un contrato de crédito (como es el contrato de arrendamiento), no será posible que la sentencia que atribuye el uso conceda un derecho de mayor entidad.

A esto se une, por un lado, que la eficacia «*erga omnes*» es característica propia de los derechos reales, pero no solo de ellos, como sucede en los contratos de arrendamiento y de opción; y, por otro lado, que la exigencia de asentimiento del cónyuge titular del derecho de uso o, en su defecto, de autorización judicial, para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma sería innecesaria, para proteger al cónyuge usuario, si este derecho de uso tuviera naturaleza real. Sobre ese razonamiento, ORDÁS ALONSO cita un grupo de autores, como CERVILLA GARZÓN y VATTIER FUENZALIDA, que atribuye naturaleza personal al derecho de uso.

Por su parte, BERROCAL LANZAROT, en *La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar...*, *op. cit.*, 2005-2007, también recoge la opinión de varios autores que abogan por el carácter personal del derecho de uso, como MARTÍN MELÉNDEZ y MURCIA QUINTANA, añadiendo que, para ELORRIAGA DE BONIS, tiene rasgos propios de los derechos personales y de los derechos reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para dis-

poner de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; y, respecto de los segundos, su oponibilidad «*erga omnes*» y su acceso al Registro de la Propiedad.

⁵¹ DIEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 897.

⁵² ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Ministerio de Justicia, Tomo I, *Comentarios al Código civil*. Madrid, 401.

⁵³ BERROCAL LANZAROT, A.I., La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar...», *op. cit.*, 2005-2007.

⁵⁴ De este modo, apostilla BERROCAL LANZAROT, el derecho de uso subsiste cuando la vivienda familiar se enajena a un tercero, siempre y cuando el derecho de uso haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad, pues la atribución judicial de ese uso constituye título legítimo que justifica el uso, incluso, frente a los propietarios que traigan causa del cónyuge titular de la vivienda familiar. Igualmente, resulta oponible el derecho de uso no inscrito frente a los terceros de mala fe; no así frente a los terceros de buena fe en caso de subasta judicial de la finca, donde el adjudicatario del inmueble en subasta adquiere la finca sin que le afecte el uso concedido a tercero e hijos en sentencia de divorcio. Cfr. la STS de 8 de mayo de 2006.

⁵⁵ ORDÁS ALONSO, M., *op. cit.*, 43-44.

⁵⁶ LÓPEZ FRÍAS, A. (2012). El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 114.

⁵⁷ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2522; la misma autora (2013), en La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1896, 1897 y 1909.

⁵⁸ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2010). La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Diario La Ley*, núm. 7378, 12 de abril de 2010, 1-8.

⁵⁹ El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado también este doble contenido del derecho de uso, como mera limitación de disponer y como derecho ocupacional. Cfr. la STS de 4 de abril de 1997 y las RRDGRN de 14 de mayo de 2009; 9 de julio de 2013; 19 de enero y 20 de octubre de 2016 y 11 de enero de 2018, entre otras.

⁶⁰ MANZANO FERNÁNDEZ, M., El uso de los inmuebles..., *op. cit.*, 166 y 210; la misma autora (2012) en La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 907-934.

⁶¹ No es, pues, un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino familiar, que trae causa de un título preexistente, cual es la titularidad de uno de los excónyuges, y que tiene como finalidad evitar que uno de ellos pueda, unilateralmente, disponer voluntariamente de la vivienda y provocar el cese del uso y de la posesión. En consecuencia, cuando el título que legitima el uso se extingue, se extingue este también.

⁶² DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2371, 2372 y 2374.

⁶³ CALMARZA CUENCAS, E. (2018). La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 37, 24-25.

⁶⁴ Cfr. la STS de 31 de diciembre de 1994.

⁶⁵ CALMARZA CUENCAS, E., *op. cit.*, 35.

⁶⁶ Se trata de un derecho personalísimo (por derivar de una relación que también tiene esa naturaleza), intransmisible e inembargable, porque, como dice el Tribunal Supremo,

es un derecho familiar y no patrimonial; y solo pueden ser objeto de embargo derechos patrimoniales, es decir, derechos que tengan un contenido susceptible de ser valorado económicamente.

⁶⁷ Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006; 6 de julio de 2007; 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008; 18 de noviembre de 2009; 19 de enero y 20 de octubre de 2016; 27 de diciembre de 2017; 11 de enero de 2018 y 16 de mayo de 2019.

⁶⁸ También señalan este doble contenido del derecho de uso, como derecho ocupacional y como limitación de disponer del cónyuge propietario, las resoluciones de 9 de julio de 2013; 19 de enero y 20 de octubre de 2016 y 11 de enero de 2018, entre otras.

⁶⁹ La resolución de 19 de septiembre de 2007 declara que, si bien es discutida la naturaleza real o personal de este derecho de uso, su inscribibilidad es incuestionable, pues con ella se evita la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

⁷⁰ Cfr. también las resoluciones de 9 de julio de 2013, 2 de junio de 2014, 24 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016, 27 de diciembre de 2017 y 11 de enero de 2018.

⁷¹ La Sentencia de 31 de diciembre de 1994 entiende que es un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial, oponible «*erga omnes*», pero no un derecho real.

⁷² La Sentencia de 4 de abril de 1997 lo describe no como un derecho de usufructo (y, como tal, vitalicio y disponible) sino como un derecho de ocupación, provisional y temporal, cuya naturaleza real es discutida, pero que, en cualquier caso, es oponible a terceros.

⁷³ A estos efectos, el Tribunal Supremo parte de las siguientes premisas: aquellas en las cuales la vivienda cuyo uso se atribuye en virtud de la sentencia pertenece en propiedad al otro cónyuge; aquellas otras en las cuales el uso ha sido atribuido al otro cónyuge en virtud de contrato; y aquellas otras en las cuales la vivienda estaba ocupada en precario por los cónyuges.

⁷⁴ Cfr. también la STS de 14 de enero de 2009. Pero la aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias de determinados casos: por un lado, cuando la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece al otro cónyuge por un derecho real de propiedad, sino que ha sido atribuida a este por un derecho personal, en virtud de un contrato, como ocurre cuando la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge no usuario como consecuencia de un contrato de arrendamiento o de comodato; y, por otro lado, cuando los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario.

⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 11.^a edición, Madrid: Edisofer, 105.

⁷⁶ LUNA SERRANO, A., *op. cit.* 267.

⁷⁷ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 258.

⁷⁸ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 232.

⁷⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, 107.

⁸⁰ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 226-228.

⁸¹ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 228.

⁸² LEFEBVRE, en *op. cit.*, 60, considera eficaz lo acordado en un convenio regulador no homologado judicialmente por las partes, como manifestación de la expresión de las partes. En este sentido, haciendo referencia a una doctrina jurisprudencial consolidada, la SAP de Murcia de 8 de octubre de 2012 afirma que aquel tiene plena validez en cuanto a aquellas medidas o acuerdos que tienen carácter dispositivo, como la medida relativa al uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos menores. Esta misma doctrina señala que nadie duda de que el convenio regulador de la separación o divorcio consensual, aun sin ser ratificado judicialmente, tiene la eficacia de un negocio jurídico de Derecho de familia (al concurrir el consentimiento, objeto y causa), como expresión del principio de la autonomía privada, aunque, para ser considerado como verdadero y propio convenio regulador, requiera la aprobación judicial, como «*conditio iuris*» determinante de su eficacia jurídica en este concreto campo (cfr. las SSTs de 22 de abril de 1997, 27 de enero, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002). Similar es el parecer de las

RRDGRN de 10 de noviembre de 1995, 1 de septiembre de 1998, 5 de febrero de 2003 y 21 de septiembre de 2015, con arreglo a las cuales la aprobación judicial del convenio regulador, y, en su caso, de su modificación posterior, solo se requiere cuando los acuerdos del convenio afecten a los hijos o incidan sobre aspectos que, de modo expreso, queden sustraídos a la autonomía de la voluntad, como ocurre con el eventual derecho a alimentos; pero no así cuando se trate de acuerdos de significación exclusivamente patrimonial (que solo a los cónyuges afectan) y concertados entre personas capaces para gobernarse por sí mismas.

⁸³ ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, 1722.

⁸⁴ RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, 1933.

⁸⁵ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 263.

⁸⁶ GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a. (1987). *Derecho civil español, común y foral, tomo quinto, Derecho de familia, volumen primero*, 11.^a edición, Madrid: Reus, 1024.

⁸⁷ ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, 1723.

⁸⁸ El artículo 233-22 del Código civil catalán contempla la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad o su anotación preventiva, si se ha atribuido como medida provisional.

⁸⁹ GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a, *Derecho civil español, común y foral...*, *op. cit.*, 1017 y 1018.

⁹⁰ LUQUE JIMÉNEZ, M. (2012). La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 97-99.

⁹¹ Cfr. la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2007.

⁹² Cfr. las RRDGRN de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008; 18 de noviembre de 2009; 1 de marzo y 19 de julio de 2011; 9 de julio de 2013 y 19 de enero de 2016. Según las SSTS de 14 de enero y 22 de noviembre de 2010, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.

⁹³ Cfr. las RRDGRN de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 10 de octubre de 2008; 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009; 10 de octubre de 2010; 1 de marzo y 19 de julio de 2011; 9 de julio de 2013; 24 de octubre de 2014 y 19 de enero de 2016.

⁹⁴ JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R., *op. cit.*, 1942.

⁹⁵ LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, 247.

⁹⁶ Cfr. las RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2007, 5 de junio y 27 de agosto de 2008.

⁹⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., (2019) en *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario, tomo II*, 1.^a edición, Pamplona: Civitas, Aranzadi, Thomson Reuters, 548-549, no se muestra partidario de la nota marginal del artículo 96-2 del Reglamento Hipotecario, al entender que este precepto es aplicable solamente a otros supuestos, como los de los artículos 1387 a 1389 del Código civil, porque, en ellos, no se cambia la titularidad del derecho, sino que únicamente se limitan o modalizan las facultades de administración o disposición que el derecho subjetivo implica. También se apoya el citado autor en los artículos 1333 y 1436 del Código civil. En cambio, CALMARZA CUENCAS, E., en *op. cit.*, 35-36, se inclina por la práctica de dicha nota marginal, al ser un asiento más acorde con la verdadera naturaleza de este derecho familiar de uso, ya que el artículo 96-2 del Reglamento Hipotecario se refiere a supuestos en los que no se produce un cambio en la titularidad del derecho, sino únicamente limitaciones afectantes a las facultades de administración o disposición que el derecho subjetivo implica. De esta manera, optando por la práctica de dicho asiento, dejarían de plantearse los problemas que se suscitan sobre la subsistencia de la inscripción del uso tras las adjudicaciones derivadas de los

procesos de ejecución. Y así, cancelada la inscripción de dominio del titular, desaparecerá la limitación de la facultad dispositiva y su reflejo registral, por ser la nota marginal un asiento accesorio de aquella inscripción. Añade CALMARZA CUENCAS que, si se opta por practicar un asiento de inscripción, debería evitarse hablar de derecho de uso y reflejar exactamente su naturaleza en el acta de inscripción; «*ACTA: hago constar la limitación de las facultades dispositivas del titular X derivadas de la atribución judicial del uso de esta finca a Y, como vivienda familiar, conforme al artículo 96 del Código civil*».

⁹⁸ En este sentido, la STS de 8 de octubre de 2010 señala que ese consentimiento constituye un requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

⁹⁹ CALMARZA CUENCAS, E., *op. cit.*, 29-30.

¹⁰⁰ LÓPEZ FRÍAS, A., El derecho de uso..., *op. cit.*, 112 y 119.

¹⁰¹ Cfr. la STS de 18 de febrero de 1995. La limitación a la facultad de disponer que resulta del artículo 96, párrafo cuarto, del Código civil se refiere, al igual que la establecida en el artículo 1320, a los actos dispositivos de la vivienda realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no impide el embargo ni la ejecución hipotecaria del hogar familiar para satisfacer el derecho de los acreedores.

¹⁰² MANZANO FERNÁNDEZ, M., La atribución judicial del uso inscrita..., *op. cit.*, 928, 929 y 931.

¹⁰³ Cfr. las SSTs de 8 de octubre de 2010 y 6 de marzo de 2015 y las RRDGRN de 31 de marzo de 2000 y 8 de abril de 2015.

¹⁰⁴ Cfr. la STS de 8 de octubre de 2010.

¹⁰⁵ Dice CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., en *op. cit.*, 1592-1593, que cuando la enajenación actual (p. ej., la derivada de la ejecución hipotecaria) sea solo la ejecución de un negocio jurídico anterior, en el que iba involucrada y en el que, debido a esa circunstancia, hubo de ser consentido por el cónyuge no propietario de la vivienda habitual de la familia, no se podrá requerir ahora el reiterar ese consentimiento ni mucho menos ser exigido por cualquier funcionario interviniente en la enajenación. Y es que la enajenación que pueda derivarse de la hipoteca está ya inscrita en forma potencial en el mismo momento de constituirse la hipoteca. Por eso, concluye el autor que es en el instante de constituirse la hipoteca cuando habrá de exigirse el consentimiento para la enajenación por parte del cónyuge no titular o, en su caso, la autorización judicial, posibilitando, así, la posible futura enajenación. De este modo, no se requerirá nuevo consentimiento cuando, por el impago de la obligación garantizada por la hipoteca, sea necesario enajenar judicial o notarialmente, en pública subasta, la finca hipotecada.

¹⁰⁶ MANZANO FERNÁNDEZ, M., La atribución judicial del uso inscrita..., *op. cit.*, 924-925.

¹⁰⁷ CALMARZA CUENCAS, E., *op. cit.*, 30-31.

¹⁰⁸ Según la RDGRN de 26 de enero de 2012, la constatación registral de la declaración de concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca el concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones judiciales sobre incapacitación contempladas en el artículo 2-4 de la Ley Hipotecaria.

¹⁰⁹ Así lo aprecia también MANZANO FERNÁNDEZ, M., El uso de los inmuebles..., *op. cit.*, 207.

¹¹⁰ CALMARZA CUENCAS, E., *op. cit.*, 34-36.

¹¹¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M., La atribución judicial del uso inscrita..., *op. cit.*, 925-931.

¹¹² Según el auto de la AP de Barcelona de 15 de marzo de 2011, la atribución del uso de la vivienda familiar no genera ningún título dominical a favor de la persona beneficiaria del uso y, por lo tanto, no constituye un título hábil para sustentar sobre el mismo la acción de tercería.

¹¹³ Como dice DE LA PUENTE ALFARO, F., en *op. cit.*, 2359-2379, el cónyuge del ejecutado solamente podrá paralizar la ejecución pagando y liberando, así, la finca. La notificación, como ocupante de la vivienda, que prevé el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente tiene esa finalidad, sin que paralice la traba ni tenga otros efectos que poner en su conocimiento la propia existencia de la ejecución. Añade el autor que, a diferencia de otros ocupantes que pueden alegar título, el cónyuge no deudor carece de título para poseer distinto del título del cónyuge que es objeto de la ejecución. La atribución de la cualidad de vivienda familiar de la vivienda y su constancia registral no hace titular a quien no lo es y no atribuye título alguno, por lo que no puede constituir obstáculo registral que impida la práctica de la anotación ordenada por el mandamiento judicial. A lo más, servirá al proceso, poniendo de manifiesto la existencia de ocupantes distintos del titular para que sean notificados, pero siempre después de la práctica de la anotación de embargo y sin eficacia alguna en su práctica.

¹¹⁴ Cfr. la STS de 14 de diciembre de 2004.

¹¹⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.*, 729.

¹¹⁶ Cfr. la STS de 11 de diciembre de 1992.

¹¹⁷ CURIEL LORENTE, F. (2002). Las situaciones anómalas del matrimonio ante el Registro de la Propiedad. En: F. Corral Dueñas (coord.). *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España, años 1986-2001*, tomo I, Madrid: Colegio de Registradores de España, 431.

¹¹⁸ CALMARZA CUENCAS, E., *op. cit.*, 31-32.

¹¹⁹ Cfr. las RRDGRN de 23 de marzo de 2015, 5 de septiembre de 2016 y 8 de marzo de 2018.

¹²⁰ Cfr. la STS de 8 de octubre de 2010.

¹²¹ El mismo criterio mantiene el Código civil, en su artículo 1062, para la división y partición de la herencia.

¹²² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, La oponibilidad del derecho de uso..., *op. cit.*, 1902.

¹²³ Cfr. las SSTs de 22 de septiembre de 1988; 22 de diciembre de 1992; 14 de julio de 1994; 16 de diciembre de 1995; 3 de mayo de 1999; 28 de marzo de 2003; 26 de junio de 2007; 3 de diciembre de 2008; 14 y 18 de enero de 2010; 1 de abril de 2011; 27 de febrero de 2012; 22 de enero de 2013 y 1 de abril de 2015; y las Sentencias de la AP de Barcelona de 12 de mayo de 1993, de la AP de Almería de 29 de junio de 1994, de la AP de Asturias de 29 de abril de 1998, de la AP de Baleares de 23 de septiembre de 2002 y de la AP de Madrid de 29 de enero y 18 de febrero de 2016.

¹²⁴ Pero estas sentencias y otras muchas no hablan de la necesidad de inscripción del derecho de uso, a fin de dotarle de oponibilidad «*erga omnes*», por lo que parece afirmarse su oponibilidad sin estar inscrito el uso.

¹²⁵ Cfr. la STS de 27 de febrero de 2012 y las Sentencias de la AP de Baleares de 5 de febrero de 2003 y de la AP de Barcelona de 10 de enero de 2001. Según las Sentencias de la AP de Barcelona de 23 de mayo de 2006 y de la AP de Madrid de 8 de enero de 2014, en los edictos para proceder a la venta en pública subasta debe constar la existencia de la sentencia firme que atribuye el derecho de uso en cuestión.

¹²⁶ Cfr. las SSTs de 14 de abril de 2011, 5 de febrero de 2013 y 28 de noviembre de 2014.

¹²⁷ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., *op. cit.*, 4.

¹²⁸ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, La especial naturaleza del derecho de uso..., *op. cit.*, 2523-2524, y La oponibilidad del derecho de uso..., *op. cit.*, 1907-1909.

¹²⁹ Cfr. las RRDGRN de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 10 de octubre de 2008; 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009; 10 de octubre de 2010; 1 de marzo y 19 de julio de 2011; 9 de julio de 2013; 24 de octubre de 2014; 19 de enero de 2016 y 20 de junio de 2019; en el mismo sentido, la Sentencia de 31 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, en juicio verbal entablado directamente contra la calificación registral negativa.

¹³⁰ ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, 1724-1726.

¹³¹ Cfr., entre otras, las RRDGRN de 25 de febrero de 1988; 9 y 10 de marzo de 1988; 30 de marzo de 1995; 25 de octubre de 2005; 21 de enero de 2006; 29 de octubre de 2008; 9 de enero de 2011; 8 de mayo, 29 de septiembre y 16 de octubre de 2014. Cfr. también la STS de 18 de octubre de 1994, según la cual, el convenio regulador, al haber sido homologado judicialmente e incorporado, como válido, a la sentencia matrimonial, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1280 del Código civil.

¹³² Cfr. las RRDGRN de 21 de junio de 2004, 11 de enero de 2018 y 20 de junio de 2019.

¹³³ Cfr. las RRDGRN de 5 de junio de 2008 y 20 de febrero de 2004.

¹³⁴ Cfr. las RRDGRN de 28 de noviembre y 17 de diciembre de 2002; 18 de octubre y 18 de diciembre de 2003; 28 de mayo de 2005; 19 de septiembre de 2007; 18 y 21 de enero de 2008; 30 de mayo de 2013 y 4 de septiembre de 2017; también la STS de 26 de diciembre de 2005.

¹³⁵ En el caso debatido, el padre del marido.

¹³⁶ Cfr. también las RRDGRN de 27 de febrero de 2016, 27 de diciembre de 2017, 11 de enero y 30 de mayo de 2018.

¹³⁷ Cfr. también la RDGRN de 20 de febrero de 2004.

¹³⁸ Para CALMARZA CUENCAS, en *op. cit.*, 29, la limitación temporal no es un requisito estructural del derecho ni su indeterminación impide su inscripción, una vez que el convenio se apruebe por el juez y sea firme la sentencia. Una cosa es que el cónyuge propietario no usuario pueda exigir una limitación temporal cuando, no habiendo hijos menores, el uso se atribuya al otro cónyuge, y otra cosa que no sea perfectamente posible que, dentro de la negociación para la aprobación del convenio regulador y en contraprestación de otras obligaciones, el cónyuge titular pueda aceptar una atribución sin limitación de tiempo. Además, tales medidas, así como el resto del contenido del convenio, siempre serán susceptibles de modificación en cualquier tiempo; y, aunque, inicialmente, no se haya fijado plazo, puede hacerse con posterioridad, como puede suceder al alcanzar los hijos la mayoría de edad o la independencia económica.

¹³⁹ La posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en los casos de crisis matrimonial no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los derechos familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que, para los progenitores titulares de la patria potestad, resultan de las misma (cfr. art. 154 CC), y que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial. Cfr. las RRDGRN de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008; 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009; 1 de marzo y 19 de julio de 2011; 9 de julio de 2013 y 19 de enero de 2016. Gran parte de la doctrina entiende también que si el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge y a los hijos menores en cuya compañía queden, el titular del derecho de uso es el cónyuge, y no los hijos, que son simples beneficiarios, porque lo contrario supondría considerar que cuando el cónyuge custodio es propietario de la vivienda, los hijos serían titulares de un derecho de uso independiente.

¹⁴⁰ En cuanto al uso atribuido exclusivamente a los hijos menores, CALMARZA CUENCAS, E., en *op. cit.*, 27-28, no comparte el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, porque no entiende qué pueden aportar esos datos identificativos cuando la defensa del derecho y la remoción de la limitación de las facultades dispositivas corresponden, en exclusiva, al cónyuge no titular. Y se pregunta ¿es que, acaso, se va a exigir el consentimiento de los menores para los actos de enajenación o gravamen? ¿es que, acaso, van a poder disponer ellos del derecho? ¿tienen alguna relevancia esos datos identificativos? ¿es posible la atribución del uso a los hijos sin que exista un cónyuge custodio? Además, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado distingue entre el interés protegido con la atribución del derecho, que es el interés familiar,

y la titularidad del derecho, que corresponde exclusivamente al cónyuge a quien se le ha atribuido; y la STS de 14 de enero de 2010 declara tajantemente que la titularidad del derecho corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia.

¹⁴¹ Además, puede ocurrir que dichos hijos, ya mayores de edad, carezcan de ingresos propios y, por lo tanto, no tengan, todavía, independencia económica. Y es que, en cualquier caso, a este respecto, conviene tener en cuenta, la controversia doctrinal y jurisprudencial existente sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar concedido a los hijos menores de edad, cuando, una vez alcanzada su mayoría de edad, carezcan de ingresos propios o independencia económica, como, más adelante, se expondrá.

*Trabajo recibido el 28-6-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

Habitación, familia y sucesión (Del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)

Habitation, family and succession (From the Basque civil law to the European private law)

por

ANDRÉS M. URRUTIA BADIOLA
*Profesor doctor de Derecho civil
Universidad de Deusto*

RESUMEN: La regulación del derecho de habitación, clásica en el Código civil español desde su publicación a finales del siglo XIX, adquiere una dimensión especial en este momento, a través de una nueva concepción del mismo, ligada al fenómeno familiar y sucesorio, como modo de asegurar la situación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. De ahí que sea necesario su análisis a la luz de la regulación *ex novo* que del mismo realizan tanto el Derecho civil común como los Derechos civiles territoriales españoles, en especial el Derecho civil vasco, junto con las necesarias referencias al Derecho comparado, señaladamente el Derecho italiano, el francés, y el de la Unión Europea.

ABSTRACT: *Habitation real right is classical in Spanish Civil Code since its publication at the end of the XIX century. Today this right has a special dimension, which includes a new idea of this, related to the family and suc-*

cession reality, and granting at the same time the situation of the widowed spouse or the survivor unmarried partner. It means that is necessary to provide a special research on this right, focused on the rules established by the Spanish civil general Law and some civil territorial laws, mainly by the Basque civil law. At the same time, references must be made to the Comparative law, specially the Italian, French and European Union law.

PALABRAS CLAVE: Derecho de habitación. Sucesión. Derecho civil común. Derecho civil vasco. Derecho comparado. Derecho transitorio.

KEY WORDS: *Habitation right. Succession. Common civil law. Basque civil law. Comparative law. Transitional law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE HABITACIÓN: DEL DERECHO REAL A LA PERSPECTIVA FAMILIAR Y SUCESORIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS LEGISLACIONES CIVILES TERRITORIALES.—II. LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO DE HABITACIÓN: 1. FORMULACIÓN: ARTÍCULO 54 LDCV. 2. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ARTÍCULO 54 LDCV. 3. CONTENIDO: *A. Ámbito de aplicación personal. B. Ámbito de aplicación territorial. C. Título de constitución. D. Titular del derecho de habitación. E. Obligado al derecho de habitación. F. Objeto del derecho de habitación. G. Facultades del derecho de habitación. H. Concurrencia con otros derechos:* a) Los derechos sucesorios del cónyuge viudo y del miembro superviviente de la pareja de hecho. b) La institución de la troncalidad. c) El régimen económico de gananciales. d) El régimen económico de separación de bienes. e) El régimen económico de comunicación foral de bienes. f) El derecho de habitación constituido voluntariamente a favor de terceras personas. *I. Extinción. J. Cuestiones de Derecho transitorio.*—III. DEL DERECHO CIVIL VASCO AL DERECHO PRIVADO EUROPEO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. DERECHO ITALIANO. 3. DERECHO FRANCÉS. 4. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE HABITACIÓN: DEL DERECHO REAL A LA PERSPECTIVA FAMILIAR Y SUCESORIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS LEGISLACIONES CIVILES TERRITORIALES

Cuando, tras casi un siglo de intentos fallidos, las Cortes españolas aprobaron la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Go-

bierno para publicar un Código civil (en lo sucesivo CC) con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, la configuración del derecho de habitación, como figura jurídica englobada dentro de los derechos reales, apareció formulada en la base 12 con una dicción que recogió el título, contenido y extinción del citado derecho, junto con los derechos de usufructo y uso¹. Su regulación concreta en el texto de la edición reformada y definitiva del Código civil que se publicó por Real Decreto de 24 de julio de 1889, se encuentra recogida en los artículos 523 a 529, junto con el derecho de uso e inmediatamente después del derecho de usufructo.

Los parámetros de esta regulación vienen dados por una serie de disposiciones relativas a su *génesis*², *contenido*³, *intransmisibilidad*⁴, *configuración especial* en relación a los gastos del inmueble objeto del derecho de habitación⁵, *regulación*⁶, *temporalidad*⁷ y *extinción*⁸.

Esta redacción, que no ha tenido alteración desde entonces⁹ es, por tanto, la que hoy configura el derecho de habitación como uno de los derechos «menores» de goce del inmueble ajeno, que con el paso del tiempo ha visto decrecer su utilización y presencia en el mundo jurídico en su sentido «clásico»¹⁰. Ello no obstante, es cierto que se puede apreciar un cierto repunte en su utilización sobre todo en contextos familiares de falta de recursos económicos por parte de los hijos o descendientes para acceder a una vivienda¹¹, en la que la configuración de un derecho real de goce protege al *habitacionista* y además, en el mejor de los casos, le evita pagar canon o renta alguna, sin que por otra parte el propietario pueda regular esa utilización (solo se refiere a las habitaciones necesarias) e incluso la convivencia entre propietario y habitacionista, sin olvidar el carácter personalísimo de este derecho¹².

Hoy en día, sin embargo, el derecho de habitación tiene en el Código civil, junto a esas utilidades, una nueva perspectiva¹³ en el ámbito de las relaciones familiares y sucesorias que tiene por objeto proteger a quienes han convivido a lo largo de su vida y permitir a quien sobrevive mantener el estatus de vida anterior, sin tener que abandonar el que durante largos años ha sido el domicilio familiar.

Dos son las disposiciones que inciden en esta «nueva» configuración del derecho de habitación: La primera, el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado regulado en el artículo 822 del Código civil¹⁴ y la segunda, derivada de la liquidación de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges y regulada en los artículos 1406 y 1407 del Código civil¹⁵. La relación entre ambas viene marcada por el último párrafo del artículo 822 del Código civil, ya citado. Ambos supuestos han de tenerse en cuenta por la incidencia que pueden tener en su aplicación en el Derecho civil vasco, que recurre al *Código civil y las demás disposiciones generales...* artículo 3 de la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco (en lo suce-

sivo, LDCV) como Derecho supletorio, por lo que procede referirse a ellos siquiera sea de una forma concisa y sin pretender abarcar la totalidad de las aportaciones doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales que les afectan.

La redacción del artículo 822 del Código civil proviene de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria dictada con esta finalidad. La correspondiente a los artículos 1406 y 1407 del Código civil proviene de una reforma anterior y más concretamente de la operada ya hace unos años, en materia de familia, auspiciada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

La configuración de ese derecho de habitación a favor del cónyuge viudo o del legitimario discapacitado responden así a unas necesidades familiares que hacían evidente su utilidad para mantener el *statu quo* o situación convivencial existente en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, situación que podría romperse si el cónyuge viudo o ese legitimario discapacitado se vieran obligados a abandonar el domicilio familiar, como consecuencia de la sucesión *mortis causa* del fallecido. De ahí que, incluso en el caso del legitimario discapacitado, la ley optara por conceder ese derecho, aun no habiéndose dispuesto por el testador causante del mismo y lo declarara coexistente con los derechos atribuidos al cónyuge viudo por la vía de los artículos 1406 y 1407 del Código civil.

La finalidad anterior, sin embargo, era ya una realidad existente desde una perspectiva histórica, realidad recogida en las regulaciones actuales de los Derechos civiles territoriales, que, con una óptica diferente a la del Código civil, buscaban y buscan el mantenimiento del patrimonio familiar y la estabilidad y la permanencia de la familia en el inmueble que sirve de domicilio a esa familia, por encima de su división y adjudicación a los herederos, utilizando para ello el mecanismo del derecho de habitación¹⁶.

Sin insistir en exceso, son citables las disposiciones al respecto de Cataluña, Navarra y Baleares¹⁷. A la luz de estos derechos de habitación y su finalidad, es evidente que no cabe una aplicación mimética de las figuras clásicas y los tipos históricos del derecho de habitación, sino que hoy en día la realidad social impone nuevas formas del derecho de habitación un tanto atípicas, de las que, como señala RIVERO, la jurisprudencia se ha ocupado estos últimos años¹⁸.

El interés, no obstante, por la nueva regulación en el Derecho civil vasco del derecho de habitación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, lleva a centrar su examen en los rasgos históricos y en la regulación actual del mismo, con unos ribetes característicos que plantean cuestiones específicas desde la singular perspectiva de la evolución

del Derecho civil vasco, que ha culminado por ahora en la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco.

En el tránsito de lo territorial a lo propiamente autonómico, el Derecho civil de los territorios vascos ha conocido, además de la aplicación directa del Código civil, la vigencia de diferentes normas de carácter escrito y consuetudinario. Una constante de todas ellas ha sido precisamente la defensa de la transmisión de la casa, a través de la *troncalidad* entendida como elemento en torno al cual se nuclea la familia amplia, junto con la existencia de un fuerte sentido comunal de la propiedad y de ayuda mutua, propias de una sociedad agraria. Ahí incidía la normativa civil histórica tradicional de los Territorios Históricos de Bizkaia¹⁹, Gipuzkoa²⁰ o Álava²¹, con un conjunto de usos en virtud de los cuales el derecho de habitación se reconocía no solo al cónyuge viudo, sino también a los hijos hasta que contrajeran matrimonio o profesaran en religión o abandonaran el caserío.

Este derecho de habitación ha tenido su reflejo en los textos legales que tras la entrada en vigor de la Constitución española (en lo sucesivo CE) en 1978 con su artículo 149.1.8 y la asunción de competencias en materia de Derecho civil por parte del Estatuto de Autonomía del País Vasco (en lo sucesivo, EAPV) en su artículo 10.5 se han dictado por parte del Parlamento Vasco, y más en concreto en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco y en la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. La primera recoge y ubica en el Fuero Civil de Bizkaia, y en el régimen de la comunicación foral, el tradicional derecho de continuar en el caserío del premuerto, cuando no existían hijos o descendientes comunes, por parte del cónyuge viudo. La segunda, por su parte, ubica este derecho de habitación en el caserío en una perspectiva claramente sucesoria y familiar al reconocérselo al cónyuge viudo en determinadas circunstancias.

Desde una perspectiva más relacionada con las situaciones convivenciales actuales reconocidas por la ley, el artículo 6 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en la comunidad autónoma del País Vasco (en adelante LRPH) establece en su artículo 6.2.c lo siguiente: 2. *Los efectos del cese, señalándose: c) El derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio*²².

Ese uso de la vivienda común y las anteriores disposiciones, aparecen hoy reflejadas de forma extensa, ampliando el círculo de los antecedentes históricos más inmediatos, en el actual artículo 54 LDCV que será objeto de este estudio y que recoge un derecho de habitación para el cónyuge viudo o

el miembro superviviente de la pareja de hecho en las sucesiones sujetas al Derecho civil vasco, sin perjuicio del derecho de continuar en el caserío que corresponde al cónyuge viudo, en el caso de muerte de uno de los cónyuges sin descendientes comunes, aplicable históricamente en la Tierra Llana de Bizkaia y recogido en el artículo 146 LDCV.

He ahí el nuevo derecho de habitación que es necesario estudiar en profundidad ya que sus implicaciones familiares y sucesorias llevan consigo una nueva visión de la regulación civil vasca, que, como ocurre con la *mens legislatoris* del legislador vasco, conjuga y recoge la mejor de la tradición vasca y la proyecta en las necesidades de la actual sociedad vasca, para dotarla de útiles jurídicos adaptados a sus realidades actuales.

II. LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO Y EL DERECHO DE HABITACIÓN

1. FORMULACIÓN: ARTÍCULO 54 LDCV

La formulación del derecho de habitación para el cónyuge viudo o el miembro superviviente de la pareja de hecho viene recogida en el artículo 54 LDCV: *El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho.*

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ARTÍCULO 54 LDCV

La primera cuestión es la referente a su naturaleza jurídica: ¿Es un derecho sucesorio? ¿Es un derecho de naturaleza familiar? ¿Es un *tertium genus*? Su inclusión en la Sección I del Capítulo II (De las limitaciones a la libertad de testar) y el Título II (De las sucesiones) de la LDCV ha hecho que el autor de este trabajo defienda su naturaleza de derecho sucesorio. Hay quien lo ha calificado como algo híbrido a mitad de camino entre el régimen económico del matrimonio y los derechos legitimarios²³.

Antes de concretar una posición sobre su naturaleza jurídica, es necesario profundizar en la configuración concreta que de este derecho de habitación realiza la LDCV. Su dicción es clara... *El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho...* Por tanto,

el derecho de habitación se atribuye al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por ley y con independencia de su legítima, legítima que le es atribuida al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en usufructo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 LDCV y con las cuantías en él establecidas, que se corresponden con el usufructo de la mitad de *todos* (las cursivas son nuestras) los bienes del causante si concurren con descendientes y dos tercios si concurre con quienes no sean descendientes.

¿Es posible, por tanto, el derecho de habitación en los supuestos de atribución de derechos legitimarios al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho superiores a la legítima asignada en el artículo 52 LDCV? La respuesta que da la LDCV es negativa, máxime si se tiene en cuenta que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho puede tener atribuido, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 LDCV, el usufructo universal de los bienes de la herencia, bien por vía testamentaria, bien por la vía del pacto sucesorio. Del mismo modo, el artículo 41.3 LDCV atribuye el carácter de usufructuario de todo el patrimonio hereditario al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, ampliando así sus atribuciones, de forma coherente con el principio de libertad civil del causante establecido en el artículo 4 LDCV y el principio de mantenimiento del hogar familiar en los supuestos de fallecimiento del cónyuge o miembro de la pareja de hecho.

De ahí que la ubicación de este precepto en el capítulo II relativo a *las limitaciones a la libertad de testar* sea correcto, ya que es un derecho previo y de carácter limitado tanto en cuanto al bien sobre el que recae (vivienda conyugal o de la pareja de hecho) como a su beneficiario (cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, que solo recibe en la sucesión del fallecido su legítima legal). Es, por tanto, con independencia de la legítima (*además de su legítima*) un plus que recibe el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con el objeto de poder mantener su estatus de vida familiar con una continuidad en el tiempo y en el espacio en el que ha venido realizando su vida habitual.

Es, en definitiva, un beneficio que en lo que se refiere a su naturaleza jurídica no es encuadrable en la figura del *legado ex lege*²⁴, ya que no responde a las características del mismo²⁵, sino a una adquisición *mortis causa*, diferente de la legítima, y que tiene por objeto la continuidad del común hogar familiar, de modo que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho no se vea privado del uso de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho. Es un beneficio que participa, a nuestro juicio, de la naturaleza de las *mortis causa capiones*, por ser una atribución directa por ley de unos derechos o valores del patrimonio relicto, sin intervención del consorte. Es una adquisición *mortis causa, ex lege* y a título singular²⁶.

En relación a las *mortis causa capiones*, ROCA-SASTRE MUNCUNILL explica que *son una delibatio ex lege, una asignación o atribución de un valor o cosa del patrimonio relicto por obra de la misma ley, como si la propia ley dispusiere un legado de los mismos. La ley, a base de la muerte de una persona, hace tal atribución singular. Todas ellas en sus varias y variadas manifestaciones, integran un amplio cajón de sastrre o residual que en abstracto implican adquisiciones en que la muerte sirve de supuesto de hecho de las mismas*. El mismo autor califica como tales las que históricamente existieron en el Derecho civil foral vizcaíno y hoy se recogen en el artículo 146 LDCV, ya citado²⁷.

De ahí que su encaje y la discusión al respecto pueda ser un poco superflua²⁸ y exija una configuración que participe de una doble circunstancia a) Atribución *mortis causa* de origen legal, independiente de la legítima viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho y b) Beneficio familiar para el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho.

Este derecho de habitación, además, ha de incardinarse en el Derecho civil vasco, como ya se ha dicho, en la aplicación de los artículos 1406.4 y 1407 del Código civil por una doble vía: a) La remisión *ex* artículo 127.1 LDCV al régimen legal de gananciales del Código civil para aquellos matrimonios de vecindad civil vasca, que no pacten otro régimen; b) La aplicación también a aquellas parejas de hecho que por la vía del artículo 5 LRPD pacten el régimen legal de gananciales del Código civil como régimen patrimonial. En todo ello se profundizará más adelante.

Definido así el derecho de habitación del artículo 54 LDCV como un derecho con rasgos propios, que comparte naturaleza sucesoria y familiar, procede ahora preguntarse por sus caracteres:

1. Es un *derecho real*, regulado en el Código civil, aplicable con carácter supletorio en función de lo establecido en el artículo 3 LDCV. En consecuencia, es un derecho limitado al contenido marcado por el artículo 523 del Código civil, todo ello sin perjuicio de la finalidad que, como ya se ha indicado, hace necesaria su modulación, ya que su destino es prolongar la situación convivencial existente y anterior a la muerte del cónyuge o del miembro de la pareja de hecho.

En este sentido, la doctrina italiana se ha planteado si el derecho de habitación del cónyuge viudo allí existente y regulado en el artículo 540 del Codice Civile en sede sucesoria²⁹, es o no el mismo derecho real de habitación regulado en el artículo 1022 del Codice Civile en sede de derechos reales. La respuesta le parece negativa a FALZONE que ve diferencias notables entre la *ratio* del derecho de habitación que cifra en satisfacer las necesidades de habitación del *habitor*, mientras que este derecho de habitación se refiere a la pretensión del cónyuge de tener parte en el haber hereditario del cónyuge

fallecido, o desde la perspectiva de la LDCV, de continuar manteniendo el estatus de vida familiar, aunque la muerte del cónyuge o del miembro superviviente de la pareja de hecho altere dicha situación³⁰.

Por descontado que a esa misma conclusión puede llegarse desde la configuración de este derecho de habitación con la doble vertiente sucesoria y familiar tal y como realizan los Derechos civiles territoriales, ya que por encima de clasificaciones de carácter dogmático, es necesario, como señala DORAL, hacer constar que las categorías del Código civil no siempre se corresponden con las soluciones que adoptan dichos Derechos civiles territoriales en los que la rica gama de posibilidades de ordenar la sucesión siempre tiene una finalidad familiar³¹.

En conclusión, puede afirmarse de nuevo que bajo el *nomen iuris* del derecho de habitación existe una realidad diversa en este caso, que hace que no quepa una aplicación mecánica de las normas del derecho de habitación a este supuesto, sino la necesidad de realizar una adaptación de dichas normas en su aplicación a la finalidad convivencial perseguida.

2. Es un derecho *ope legis*, esto es, concedido por la ley, a título legal, sin perjuicio de lo que luego se dirá, en los supuestos en los que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho reciba en la sucesión su cuota legal usufructuaria.

Se plantea la cuestión del *momento* en el que procede esta atribución, momento que el artículo 17.1 LDCV fija como el del fallecimiento del cónyuge o miembro de la pareja de hecho, lo que ocurrirá obviamente en los supuestos de la sucesión testada, la intestada y el pacto sucesorio con efectos *post mortem*. En el caso de la sucesión realizada a través de un pacto sucesorio con efectos de presente habrá que atender a los bienes a los que se refiera ese pacto. Si se refiere a la vivienda común, se entenderá que en el caso de transmisión a un tercero por vía de pacto sucesorio surgirá el derecho de habitación. De forma específica, en el supuesto de existencia de una sucesión por comisario, habrá que estar al ejercicio del poder testatorio por parte del comisario en lo que se refiere a la vivienda común, si bien el cónyuge supérstite o el miembro superviviente de la pareja de hecho podría reclamarlo desde el fallecimiento del causante.

3. Es un derecho *personalísimo e intransmisible* que solo se concede al cónyuge viudo o al miembro de la pareja de hecho sobreviviente. Abundando en esta idea y en conexión con la vigente legislación hipotecaria, hay que señalar su carácter de derecho *inscribible* en el Registro de la Propiedad *ex* artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), si bien no cabe su hipoteca a tenor del artículo 108.3 de dicha ley³². En cuanto a la determinación del título para la inscripción en el Registro de la Propiedad de este derecho de habitación, habrá que acudir a lo señalado en el artículo 14 LH³³.

4. Es un derecho que nace con *vocación vitalicia*, pero se extingue en los casos establecidos en el artículo 55 LDCV, esto es, exige para su pervivencia en el tiempo, una fidelidad *post mortem* al cónyuge o el miembro de la pareja de hecho fallecido.

5. Es un derecho *renunciable*, antes o después de que se produzca el fallecimiento que origine este derecho. En el primer caso, por medio del correspondiente pacto de renuncia. Una vez que se produzca el fallecimiento, se puede renunciar a este derecho y aceptar la herencia o viceversa.

6. Es un derecho *finalista*, cuyo objetivo es mantener el estado de cosas del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en la vivienda en la que se ha desarrollado la situación convivencial.

7. Es un derecho que puede ser objeto de alegación de causa de *indignidad* para suceder. En cuanto al apartamiento, la preterición, y la desheredación, la situación es diferente. El *apartamiento* se refiere a la legítima colectiva de los descendientes en la LDCV, no así al usufructo legal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, que se extingue o perdura en su caso. No cabe aquí el apartamiento, ya que es una figura ajena a la legítima, que la ley atribuye en función de las circunstancias en que se encuentre el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. No cabe tampoco la *preterición* por la misma razón, ya que al operar *ope legis*, se mencione o no en el título sucesorio, su efectividad dependerá de las circunstancias antedichas. En cuanto a la *desheredación* será posible, si se habla de aquellas causas de desheredación objetivas que tienen su origen en la indignidad para suceder, no así en los que tienen su origen en la voluntad del causante.

8. Es un derecho *compatible* con el usufructo legal, en cuyo caso supondrá por una vía diferente un aumento en los derechos sucesorios del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en la sucesión del premuerto, aumento que habrá que cohonestar con las disposiciones testamentarias, contractuales o *abintestato* que se produzcan en cada sucesión.

9. Es un derecho cuya posible *conmutabilidad* no aparece regulada en la LDCV por lo que hay que decantarse por la imposibilidad de la misma, salvo acuerdo entre el habitacionista y el sucesor en la vivienda que constituye su objeto. Además, a la ausencia de regulación legal, habrá que añadir, en el caso de los bienes troncales, las normas específicas derivadas de la troncalidad a las que se hará referencia más adelante.

10. Es un derecho que corresponde *al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho* tanto en la sucesión testada como la contractual o la intestada. A pesar de que alguna opinión la excluya en esta última³⁴, a nuestro juicio no procede hacerlo, ya que este es un derecho de habitación que, como ya se ha dicho, tiene entre sus características, el de no depender de la voluntad del causante sino ser de atribución legal y, además,

tener una finalidad tanto sucesoria como familiar, que se concreta en el ya repetido mantenimiento del estatus del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho, lo que evidentemente no ocurriría si se negara en la sucesión intestada³⁵.

3. CONTENIDO

A. *Ámbito de aplicación personal*

Una primera lectura del artículo 54 LDCV pone sobre aviso de sus rasgos generales entre los que corresponde reseñar el que tiene que ver con su ámbito de aplicación personal, determinado por el hecho de que el cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecido ostente la vecindad civil vasca, sin perjuicio de lo que luego se dirá a la hora de analizar en materia conflictual el Derecho de la Unión Europea y su aplicación.

La necesidad de que así sea viene dada por el artículo 10.1 LDCV: *El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca*, por tanto, el punto de conexión establecido con la vecindad civil vasca; es necesario cohesionarlo con las distintas vecindades civiles locales vascas que hoy mantiene la LDCV a tenor de lo establecido en el artículo 10.2 LDCV: *La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código civil, sin perjuicio sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales*.

En consecuencia, pueden hacerse una serie de afirmaciones al respecto:

1. La necesidad de que el cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecido ostente la vecindad civil vasca para que surja el derecho de habitación, a favor del cónyuge o el miembro de la pareja de hecho sobreviviente, siendo indiferente que este último la ostente o no.

2. El diferente efecto que puede generar la existencia de vecindades civiles locales que constituyen un subsistema de la vecindad civil vasca. No parece generar dudas lo relativo a la vecindad civil vasca local de los guipuzcoanos y alaveses, pero sí lo que corresponde a la de los vizcaínos de vecindad civil local aforada o no aforada y a los de vecindad civil local ayalesa.

En el caso de los vizcaínos de vecindad civil local aforada o no aforada, el problema viene dado por la institución jurídica de la *troncalidad*, que excluye de la sucesión en bienes troncales a quienes no sean parientes tronqueros, siendo así que el artículo 66 LDCV no incluye en la lista de tronqueros al cónyuge viudo y al miembro superviviente de la pareja de

hecho, salvo en el caso recogido en el artículo 66.2 LDCV, en relación a los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio o pareja de hecho, en cuyo caso sí son ascendientes tronqueros. De ello se tratará de forma específica más adelante.

3. En el caso del Valle de Ayala y de su vecindad civil local, la cuestión es algo más espinosa, ya que requiere conciliar su tradicional libertad de testar con la existencia de este derecho de habitación que, entendido en sus términos legales, cabe también predicar de la sucesión del cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecidos con vecindad civil ayalesa, dada la voluntad de la LDCV de proteger al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho y permitirle continuar en su estatus de vida familiar.

Argumentos que confluyen en esta línea son los de la histórica utilización del Derecho de Ayala y su libertad de testar para favorecer al cónyuge viudo y el cambio sociológico operado en la sociedad que camina por esta vía junto con el hecho de que se trata de un derecho que se limita a su utilización por el *habitator* o habitacionista y que no supone una utilización impediendo del bien por otras personas. De hecho, el mismo argumento podría utilizarse a la hora de relacionar este derecho de habitación con las atribuciones de carácter preferente de naturaleza familiar y sucesoria, que pudieran producirse en el caso de la liquidación de la sociedad de gananciales del fallecido cónyuge o miembro de la pareja de hecho de vecindad civil ayalesa, puesto que la aplicación de los artículos 1406.4 y 1407 del Código civil llevaría a tal conclusión³⁶. Así pues, los reparos que puedan ponerse a la existencia del derecho de habitación a favor del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, no se deben entender como una limitación a la tradicional libertad de disposición que ha caracterizado el Fuero de Ayala, sino como la constatación de que es precisamente esta libertad la que se modula en función de lo que desde siempre ha sido el objeto fundamental de la legislación ayalesa, que es el mantenimiento y la transmisión del patrimonio familiar de generación en generación³⁷. Y se hace desde la configuración, como ya se ha dicho al hablar de su naturaleza jurídica, de una sucesión *especial* que concreta el valor jurídico fundamental que constituye la base del Derecho civil ayalés.

4. Más adelante se tratará de lo que ocurre en el caso de quienes no teniendo nacionalidad española ni vecindad civil vasca, puedan ver aplicado a su sucesión el Derecho civil vasco, de acuerdo con las normas de conflicto establecidas por el Derecho de la Unión Europea, que es también Derecho interno español y que podría llevar por la aplicación del criterio de residencia, si la vivienda conyugal está situada fuera de España, a que no surja este derecho de habitación.

B. *Ámbito de aplicación territorial*

La dicción del artículo 8 LDCV establece que *la presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco*. Esto no debe hacer olvidar lo dispuesto en el artículo 9.1 y 9.8 del Código civil, según el cual es la ley personal la que regirá la sucesión por causa de muerte y que dicha ley personal será la nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, todo ello complementado por lo dispuesto en el artículo 14.1 del Código civil que establece que *la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil* y en el artículo 16.1 del Código civil, que determina que los conflictos de Derecho interregional en España se resuelven por una serie de puntos de conexión, entre los que destaca como ley personal, la determinada por la vecindad civil.

De ahí que sea necesario conjugar este derecho de habitación reconocido por el artículo 54 LDCV con la sucesión de quien haya fallecido con vecindad civil vasca, dentro o fuera de la comunidad autónoma del País Vasco (en adelante CAPV). Del cotejo de los ya citados artículos 9.1 y 9.8 y 14 del Código civil se deduce que este derecho de habitación se predicará cualquiera que sea el lugar del fallecimiento del cónyuge o miembro de la pareja de hecho en consonancia con su ley personal, que vendrá determinada por la vecindad civil vasca, con independencia de cuál sea el lugar donde se encuentre la vivienda conyugal o de la pareja de hecho común, ya que a estos efectos resultará indiferente.

C. *Título de constitución*

Lo es la propia ley, la LDCV. Es, por tanto, una atribución legal que realiza la LDCV y que modula, en una aplicación que no le es desconocida, el contenido del artículo 523 del Código civil que señala: *Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*.

En consecuencia, la regulación del título de constitución es el elemento fundamental del derecho de habitación y en este caso el título viene dado por el artículo 54 LDCV y en lo que en él no se establezca, tanto por virtud del Derecho supletorio y su remisión al Código civil, como por la vía del artículo 3 LDCV y por la propia dicción del artículo 523 del Código civil, serán de aplicación las disposiciones de los artículos 524 a 529 del Código civil, que a su vez remiten en lo no regulado en detalle, con carácter subsidiario, a las disposiciones del Código civil aplicables al usufructo, *ex*

artículos 528 y 529 del Código civil. Lo anterior no empece a la posibilidad de constitución de este derecho de habitación por vía voluntaria por el testador o instituyente en un pacto sucesorio a favor del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

D. Titular del derecho de habitación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 LDCV, los titulares son: 1) el cónyuge viudo y 2) el miembro superviviente de la pareja de hecho.

Desde una perspectiva sistemática y temporal, la LDCV distingue de una parte, la constitución al tiempo de la delación hereditaria de este derecho de habitación y, de otra parte, establece un catálogo de supuestos específicos en los que este derecho de habitación no surgirá por tratarse de causas que de alguna forma rompen la fidelidad *post mortem* que está en el origen de este derecho de habitación, siempre que no exista una disposición expresa del causante en contrario.

En relación al cónyuge superviviente y derivado de la propia dicción del artículo 54 LDCV, habrá que excluir de su aplicación a quien no sea ya cónyuge del fallecido, por efecto del divorcio judicialmente decretado o pactado por alguna de las vías alternativas hoy establecidas (tanto con carácter judicial como extrajudicial) de acuerdo con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En relación al cónyuge superviviente cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, la cuestión dependerá de que la sentencia firme de nulidad sea anterior o posterior al fallecimiento del cónyuge en cuya sucesión se incluyó el derecho de habitación. Si la sentencia firme es anterior y el cónyuge sobreviviente actúa de buena fe, le corresponderá ese derecho de habitación *ex* artículo 79 del Código civil. Si la sentencia firme es posterior al fallecimiento del cónyuge, no parece defendible que tenga ese derecho de habitación³⁸, ya que la delación hereditaria no ha tenido lugar por no tener el carácter de cónyuge del fallecido.

Respecto al cónyuge viudo separado, el artículo 55 LDCV excluye del derecho de habitación al cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente³⁹ o al cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona.

La cuestión se vuelve más espinosa en relación con el miembro superviviente de la pareja de hecho⁴⁰. En este caso, son dos las cuestiones a tratar, la primera que trasciende al tema del derecho de habitación, pero le afecta en cuanto a que se refiere a la posibilidad de anudar derechos sucesorios de carácter obligatorio a una situación de pareja de hecho en la LDCV, tal y como se hace en su texto.

El tema requiere para su adecuado enfoque una remisión al artículo 149.1.8 CE y las competencias que en materia de legislación civil corresponden al Estado y a las comunidades autónomas en materia de parejas de hecho. Así, mientras el Estado no ha dictado una norma general que regule el estatus de las parejas o uniones de hecho y sus derechos sucesorios, las diferentes comunidades autónomas lo han hecho durante estos últimos años, cada una en su correspondiente ámbito de aplicación personal y territorial. La constitucionalidad de dichas regulaciones autonómicas ha sido, sin embargo, objeto de controversia competencial ante el Tribunal Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha sentado unos criterios aplicables a las parejas de hecho que ciertamente resultan cambiantes y controvertibles⁴¹.

El más sonoro es el que se refiere a la Comunidad Foral de Navarra, y a su Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. El Tribunal Constitucional en su STC 93/2013, de 23 de abril, optó por considerar inconstitucional la atribución imperativa (*sic*) de derechos sucesorios a los miembros de una pareja de hecho en su Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 9⁴². Es decir que, salvo asunción voluntaria por parte de los miembros de la pareja de hecho del haz de derechos y obligaciones (incluidas las sucesorias) que marcaba la Ley Foral navarra, el establecimiento de derechos sucesorios y/o familiares con carácter imperativo (del mismo modo que el matrimonio) es inconstitucional y vulnera la distribución competencial establecida en la CE.

Cierta doctrina no ha tenido reparo en aplaudir esta aparente inconstitucionalidad⁴³. Si a eso se añade la declaración del Tribunal Constitucional en la misma STC en el FJ6 relativa al hecho de que para la aplicación de la Ley Foral 6/2000 es necesario que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra en una norma similar a la LRPV vasca y su inconstitucionalidad para el Tribunal Constitucional⁴⁴, puede pensarse en la inconstitucionalidad de pleno de las disposiciones relativas al derecho de habitación a favor del miembro superviviente de la pareja de hecho de acuerdo con la LDCV, tanto por carecer el legislador vasco, de la competencia para regular lo relativo al estatus de las parejas de hecho como por utilizar un punto de conexión, que es competencia del Estado.

Esa conclusión no obstante, es rebatible. En la primera de las cuestiones, es decir, en la relativa a la equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio, el propio Tribunal Constitucional en su STC 110/2016, de 9 de junio de 2016, en lo referente a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, señala en su FJ8 la opción de las parejas de hecho para pactar entre ellas e inscribirse en un registro administrativo⁴⁵.

Cuando en ocasiones anteriores nos hemos referido a esta cuestión, lo hemos hecho para llegar a la convicción de que, en el caso de la comunidad

autónoma del País Vasco y su LRPH, el establecer la vinculación de este derecho de habitación a las parejas de hecho es perfectamente defendible. Por una parte, para su aplicación es necesario que dichas parejas de hecho se encuentren inscritas en el registro administrativo del Gobierno Vasco, *ex* disposición adicional LDCV, y teniendo en cuenta: a) Que las disposiciones de la LRPH son de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la LRPH; b) Que estas parejas podrán inscribirse en el Registro de parejas de hecho cuando al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca (art. 2 LRPH); c) Que esa inscripción es constitutiva (art. 3.1 LRPH) y d) Que el contenido de las relaciones jurídicas entre los miembros de la pareja de hecho depende de la regulación establecida por los mismos (art. 5 LRPH), todo ello hace que la pretendida inconstitucionalidad de la LRPH haya de matizarse en un grado muy considerable. Así lo hemos defendido al llegar a establecer no tanto la constitucionalidad del artículo 2 LRPH sino que la posible cuestión de inconstitucionalidad en esta materia no sería admisible al no haber propiamente una norma positiva estatal desplazada, siendo la solución de la LRPH acorde con el modo en el que se solventaría la laguna legal existente a través de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y de la proximidad, derivada del hecho de la vinculación de al menos de uno de los miembros de la pareja de hecho con el País Vasco. Del mismo modo, no creemos que sea inconstitucional el artículo 5 LRPH por no ser ni norma de aplicación ni norma para resolver los conflictos de leyes⁴⁶.

Y el argumento se completa aún más con la consideración, por parte de un sector de la doctrina, de la constitucionalidad de la LRPH y en consecuencia, del derecho de habitación atribuido al miembro superviviente de la pareja de hecho, argumento reforzado por autores como NANCLARES que identifica la perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional en su STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 y señala que: *A mi entender, la argumentación ofrecida por el Tribunal Constitucional es técnicamente incorrecta por emplear de manera inadecuada el concepto de norma dispositiva, generalizando la condición de normas imperativas a casi todo el articulado de la Ley Foral. Lo cual es especialmente hiriente en Navarra, en cuya Ley 8 se proclama que «en razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las normas se presumen dispositivas»*⁴⁷.

Su correlato con la LRPH es evidente, ya que la inscripción en el registro de parejas de hecho de la CAV tiene carácter constitutivo y su adhesión hace que en relación al mismo sean los miembros de la pareja de hecho los que puedan modularlo.

En relación a la segunda cuestión que plantea el miembro superviviente de la pareja de hecho como titular del derecho de habitación del artículo 54 LDCV, hay que señalar que la LDCV ha completado, desarrollado y

normalizado el régimen sucesorio del artículo 9 LRPD con las disposiciones en ella contenidas, incluido el derecho de habitación objeto de este estudio. De ahí que quepa predicarse su existencia sin reparo hoy en día. En todo caso, las consecuencias derivadas de su posible inconstitucionalidad serían aplicables a las sucesiones que, abiertas tras la declaración de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo establecido en el FJ14 de la STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, en el sentido de entender que la posible declaración de inconstitucionalidad de los derechos sucesorios, establecidos por la LDCV, solo surtirían efectos *ex nunc*, a partir de dicha posible declaración⁴⁸.

E. Obligado al derecho de habitación

Lo será evidentemente quien ostente algún derecho o título sobre la vivienda conyugal o de la pareja de hecho como consecuencia del fallecimiento de uno de sus miembros. Entran en dicha categoría tanto el sucesor de la misma en todo o en parte como pleno propietario como el nudo propietario o el usufructuario, si su derecho no subsume el derecho de habitación en todo o en parte, quedando elementos suficientes de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho para satisfacer las necesidades como habitacionista del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Esa titularidad puede atribuírsele al sucesor obligado a través de un legado o incluso a través de un derecho real de uso compatible con el de habitación.

Además, el derecho de habitación puede perfectamente ser predicable de la cuota de participación que corresponda al cónyuge o miembro fallecido de la pareja de hecho en la vivienda objeto del derecho de habitación y simultanearse su reconocimiento con la copropiedad de dicha vivienda⁴⁹. Por último, que la naturaleza de la vivienda conyugal sea troncal no obsta a la constitución *ex lege* de este derecho de habitación por vía sucesoria, como se analizará más adelante.

F. Objeto del derecho de habitación

La dicción literal de la LDCV habla de vivienda conyugal o de la pareja de hecho. Es necesaria, por tanto, la concurrencia de varias circunstancias:

1. Ha de formar parte de la herencia del cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecido, bien por tratarse de un bien privativo de este, bien por corresponderle en todo o en parte por su participación en la sociedad conyugal o en el régimen económico patrimonial disuelto y liquidado.

2. Ha de ser la vivienda conyugal o común del fallecido y del cónyuge viudo y/o el miembro de la pareja de hecho superviviente. En definitiva, se plantea aquí la cuestión de la naturaleza familiar de este derecho de habitación, ya que la vivienda conyugal o la común de la pareja de hecho es evidentemente donde ellos han realizado una vida familiar. Se trata de la vivienda familiar que, hoy por hoy, tiene una regulación limitada en el ordenamiento jurídico civil español⁵⁰. Así las cosas, está claro que, por encima de otras matizaciones, se habla de una ubicación que la STS de 12 de mayo de 1996 señala como *el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos*⁵¹.

Toca ahora preguntarse, por tanto, si definida así la vivienda familiar, en la regulación de la LDCV deben entenderse incluidas las segundas viviendas o residencias temporales, lo que no parece estar comprendido en el texto del artículo 54 LDCV. No así el garaje o el trastero anejos de la vivienda familiar, que sí se pueden entender incluidos en la misma como accesorios y necesarios hoy en día para el desarrollo de la vida familiar. Por último, hay que plantearse varias situaciones específicas que tienen que ver con el objeto del derecho de habitación. La primera es la relativa a la vivienda familiar mixta que lo sea en parte destinada a vivienda y en parte a actividad profesional. Lo lógico sería fijar la aplicabilidad del derecho de habitación en función del mayor o menor destino de la vivienda a una u otra finalidad⁵².

La segunda se refiere a la transmisión de un derecho de habitación por vía sucesoria de una Vivienda de Protección Pública. Habrá que recordar la vigente legislación de la CAPV en esta materia, constituida por la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, que se refiere en su Sección 4.^a *Disposición de las viviendas de protección pública. Visado de contratos* y en sus artículos 37 y 38, respectivamente al visado de los contratos de transmisión de viviendas y a los requisitos previos para los actos de disposición, señalando la necesidad de autorización expresa para su transmisión del órgano competente en materia de vivienda del Gobierno vasco. Una de las manifestaciones de dicha intervención del Gobierno vasco en la transmisión de estas viviendas es la existencia de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración de la CAPV, regulados en el artículo 65.4 de la citada ley que exceptúa de dichos derechos, las transmisiones gratuitas y, por tanto, la transmisión *mortis causa* del derecho de habitación a favor tanto del cónyuge como el miembro superviviente de la pareja de hecho, siempre que la vivienda vaya destinada a residencia habitual o permanente del habitacionista y que su capacidad económica o situación patrimonial

no sea manifiestamente desproporcionada respecto a la que se exige para el acceso a la adjudicación de una vivienda protegida⁵³.

¿*Quid* si la vivienda conyugal forma parte de una explotación agrícola, forestal o ganadera? A nuestro juicio, lo lógico es pensar que el derecho de habitación no se extiende más allá de la vivienda y no podría abarcar los elementos propios de esa explotación que la caracterizan, tales como maquinaria, aperos, etc., todo ello sin olvidar el derecho de continuar en el caserío propio de la comunicación foral de la LDCV, al que luego nos referiremos.

Por último, se plantea la posibilidad de un derecho de habitación sobre una vivienda conyugal arrendada por el matrimonio o pareja de hecho. En este caso, opera la subrogación del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho en el arrendamiento de acuerdo con las disposiciones de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y especialmente su artículo 16, sin que en ningún caso estemos hablando de la constitución de un derecho real de habitación.

G. *Facultades del derecho de habitación*

La regulación legal ya precitada del derecho de habitación hace que puedan predicarse de este, de acuerdo con lo establecido en la STS de 4 de febrero de 1983, las siguientes características: 1) Es un derecho real de uso y disfrute; 2) Limitado a las necesidades del habitacionista; 3) De carácter e instrumento personal; 4) Temporal y 5) Con un régimen jurídico propio derivado de su título constitutivo⁵⁴.

Sin embargo, esas características no nos deben hacer olvidar como ya se ha señalado al hablar de su naturaleza jurídica, que es necesario acomodar la regulación clásica del derecho real de habitación a las circunstancias predicables de su configuración como un derecho de habitación a favor del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. En consecuencia, su *temporalidad* se transforma en carácter *vitalicio* y su régimen jurídico resulta determinado por su título de constitución, que es la LDCV, constitución que adquiere un relieve especial en el caso de los Derechos civiles territoriales y especialmente en el caso del Derecho civil vasco, en el que este sistema de protección del cónyuge viudo o del miembro superviviente de la pareja de hecho goza de un abolengo incuestionable.

Así las cosas, el contenido del derecho de habitación *ex* artículo 54 LDCV lleva a plantearse, de conformidad con el artículo 524 del Código civil, la determinación de las piezas o habitaciones de la vivienda conyugal o común, sobre las que ha de recaer el derecho de habitación. La LDCV no precisa los criterios para su determinación y, por tanto, parece que deja a la voluntad del cónyuge viudo o el miembro superviviente de la pareja

de hecho su concreción y a su arbitrio, la determinación de los que considera necesarios para sí. ¿Puede esa elección realizarse únicamente por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho? La respuesta dependerá de lo que resulte de la partición hereditaria y del procedimiento judicial o extrajudicial que se lleve a cabo para concretar las adjudicaciones a cada uno de los que se hallen interesados en la herencia del fallecido por los diferentes títulos que en ella concurren. En todo caso, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho a lo que como habitacionista y como usufructuario le corresponda, dentro de la filosofía de mantenimiento del *statu quo* familiar. Constituido el derecho de habitación, un tema de trascendencia a los efectos de su utilización por el habitacionista es el de los *gastos*. El artículo 527 del Código civil establece un doble estatus obligacional para el habitacionista, según que este ocupe toda la casa o parte de ella. Si ocupase toda la casa, estará obligado a las reparaciones ordinarias de conservación y al pago de las contribuciones del mismo modo que el usufructuario y si habitare parte de la casa, no deberá contribuir con *nada*, siempre que el propietario tenga una parte de los frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y cargas y si no lo fueran, suplirá el habitacionista lo que falte. En relación a dichos gastos que puedan corresponder al habitacionista y por la remisión que se hace al régimen del usufructo del Código civil, es necesario referirse a los criterios establecidos en los artículos 500 y siguientes de dicho cuerpo legal, cuya doctrina puede sintetizarse a grandes rasgos señalando que el usufructuario —léase el habitacionista— habrá de satisfacer las reparaciones ordinarias y las extraordinarias serán de cuenta del propietario, todo ello sin perjuicio de lo señalado en el artículo 21.1.c) LDCV que se refiere a los gastos de la sucesión.

H. Concurrencia con otros derechos

- a) Los derechos sucesorios del cónyuge viudo y del miembro superviviente de la pareja de hecho

En relación a las tres formas de suceder que la LDCV reconoce en su artículo 18, esto es, el testamento, el pacto sucesorio o la sucesión legal, y comenzando por las dos primeras, es necesario examinar una serie de temas.

La primera cuestión a la que nos referiremos es la de la *computación* para el cálculo de la legítima del cónyuge o miembro de la pareja de hecho fallecido. Obviamente, sería necesario para ello que la vivienda conyugal o común forme parte del caudal hereditario del premuerto, pero señalada esa premisa no puede como tal considerársele excluida de dicha computación

ex artículo 58 LDCV. Tema al que hay que añadir el valor de la vivienda familiar a la hora de su computación, valor que se determinará al tiempo *en que se perfeccione la delación sucesoria* en clara alusión a la posibilidad de que dicho momento se difiera en el tiempo por la existencia de una sucesión por comisario o tenga lugar en un momento diferente del fallecimiento, v. gr. en los supuestos del pacto sucesorio con efectos de presente.

Fijado así lo relativo a la inclusión en la computación de la vivienda conyugal o común de la pareja de hecho en el caudal hereditario, cabe preguntarse ahora por su *imputación*, que, tal y como hemos defendido en otro lugar⁵⁵, entendemos que habría que realizarla a la parte de libre disposición de la herencia, pudiendo gravar incluso la parte de legítima colectiva que corresponda a los descendientes, dado que no afecta a la intangibilidad de la legítima, tal y como reconoce el artículo 56 LDCV⁵⁶.

La cuestión no es baladí, ya que la naturaleza de este derecho de habitación, no excluido del conjunto del valor los bienes de la herencia, tiene un carácter y una atribución distinta del de la legítima a tenor del título legal de su constitución —*además de su legítima*— lo que plantea dentro de su imputación una serie de situaciones diferentes:

a) Que se halle en una sucesión voluntaria en la que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tenga atribuido el usufructo legal que le corresponde, en concurrencia con descendientes legitimarios, en cuyo caso la legítima podrá verse gravada tanto con dicho usufructo legal como con el derecho de habitación, planteándose así una concurrencia a la hora de realizar la imputación. Para resolverla, en opinión de FERNÁNDEZ DE BILBAO⁵⁷, *el derecho de habitación grava el bien y detrae valor en la hijuela del adjudicatario del mismo, siendo ese valor el que habrá de ser objeto de imputación y si la vivienda conyugal ha sido atribuida a un legitimario, este no la verá perjudicada objetiva y legalmente ex artículo 56 LDCV*.

En nuestra opinión, el tema ha de dilucidarse teniendo en cuenta que el derecho de habitación recaerá, en caso de no ser suficiente el tercio de legítima para satisfacer tanto el usufructo legal del cónyuge viudo como del miembro superviviente de la pareja de hecho, sobre la parte de libre disposición, en lugar de reducir aún más la legítima de los descendientes. El argumento para ello no puede ser otro que la concurrencia y la recíproca relación entre los derechos de goce coexistentes (usufructo y habitación), salvo que su capitalización (y/o monetarización)⁵⁸ permitan satisfacerlos en metálico. Todo ello sin olvidar la diferente situación que se puede producir a la hora de realizar la partición hereditaria en función de la existencia de uno o más bienes en el haber hereditario e incluso que estos tengan naturaleza troncal.

b) Que se halle en una sucesión en la que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tenga atribuido el usufructo legal que le corresponde, en concurrencia con herederos instituidos que no sean descendientes legitimarios del fallecido. Dada la inexistencia de legítima, no cabrá sino imputar a la herencia el derecho de habitación que gravará la vivienda que reciban los sucesores del fallecido, derecho de habitación que será compatible con el usufructo legal.

En relación a la *colación*, hay que excluir este derecho de habitación de dicha operación de cálculo de la legítima, ya que no procede la misma al tratarse de una operación destinada a mantener el equilibrio entre descendientes legitimarios, que tiene una lectura muy diferente en este caso, dado el título legal por el que se constituye, distinto del que motiva la colación de una donación.

En cuanto a las *reservas y reversiones*, dado el carácter personalísimo de este derecho de habitación, es necesario realizar una descripción más detallada de su incidencia en el mismo. En concreto, y tras reseñar la desaparición de las reservas troncales y de la reserva de bienes comunicados existentes en la anterior legislación civil foral vasca, hoy la LDCV ha regulado una serie de casos de tenor diferente.

El primero es el de la *reserva sobre bienes adquiridos de descendientes* (art. 118 LDCV), paralela en su regulación a la establecida en el artículo 811 del Código civil, y en la que se puede plantear si la reserva a favor de los reservatarios afecta o no al derecho de habitación que pueda corresponder al cónyuge viudo o miembro separado de la pareja de hecho del reservista, si entre los bienes sujetos a reserva está la vivienda común. A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa, ya que tanto la finalidad de este derecho de habitación como el hecho de que no afecte a la intangibilidad de los bienes troncales ex artículo 70.5 LDCV, hace que por aplicación analógica de esta regla quepa su aplicación también a la vivienda común no troncal objeto de la reserva.

El segundo se refiere a la *reserva de bienes raíces donados para un matrimonio* (art. 119 LDCV), en la que, dado el carácter personalísimo del derecho de habitación, haya que entender que este sea solo predicable del cónyuge viudo, en concurrencia con los hijos comunes, ya que de lo contrario se estaría en presencia de alguna de las causas de extinción del derecho de habitación, como luego se dirá.

El tercero se refiere a la *reserva a favor de los hijos del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho* (art. 120 LDCV). Ciertamente la causa de la reserva está en el hecho de que el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho pase a segundas nupcias, constituya una nueva pareja de hecho, o tenga un hijo que no lo sea de su difunto cónyuge o pareja de hecho, supuestos todos ellos que conllevan la extinción del

derecho de habitación. De ellos se tratará más adelante, en las causas de extinción de este derecho.

El cuarto se refiere a los supuestos de *reversión* de los bienes no troncales donados por un ascendiente a un descendiente fallecido sin hijos o descendientes (arts. 123 y 124 LDCV). La pregunta es si en su sucesión esta reversión excluye el derecho de habitación o no. En la respuesta habrá que tenerse en cuenta: a) La voluntad del ascendiente, que puede por medio de pacto sucesorio con el descendiente excluir de la reversión el bien donado que luego ha sido vivienda conyugal del matrimonio o pareja de hecho del descendiente fallecido; b) Que se trate de un bien no troncal, por lo que en el caso de la troncalidad habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 70.5 LDCV y c) Que el valor de la vivienda común se computará en el caudal relicto del fallecido (a diferencia del CC), lo que es lógico si se tiene en cuenta que el sistema de la LDCV es un sistema de libertad civil y se trata de evitar limitaciones a la parte de libre disposición, máxime cuando los ascendientes ya no son legitimarios. De acuerdo con lo antedicho, puede defenderse que el ascendiente recibirá el bien donado que ha sido la vivienda familiar de su descendiente, sujeto al derecho de habitación, salvo que concurra alguna de las causas de su extinción. Coexistirán así dos sucesiones excepcionales en la sucesión del fallecido. Avalan esta solución la naturaleza finalista del derecho de habitación, su carácter personalísimo y lo ya dicho sobre los bienes troncales.

El quinto y último se refiere al supuesto de *reversión derivada de los bienes transmitidos con pacto sucesorio de carga de alimentos* (art. 107.3 LDCV). En este supuesto, es el instituido el que fallece en vida del instituyente sin dejar hijos ni descendientes. Es la carga de alimentos la que modaliza, en sede de pactos sucesorios, el llamado *pacto de comunidad*, de gran raigambre en el Derecho civil vasco. ¿Cabe pues en este caso que, fallecido el instituido (no exige vínculo de parentesco con el instituyente) el instituyente reciba el bien objeto del pacto sucesorio que ha sido la vivienda conyugal o común del instituido y su cónyuge o miembro de la pareja de hecho, sin más o sujeta al derecho de habitación? De nuevo concurren aquí dos sucesiones excepcionales, ante las cuales se puede defender la vigencia del derecho de habitación sobre la vivienda objeto de la reversión, máxime si la convivencia entre el instituyente y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho haya sido un vector tradicional en el Derecho civil vasco, sin perjuicio, todo ello, de la posible existencia de alguna causa de extinción del derecho de habitación por parte del habitacionista.

En el caso de la *sucesión intestada*, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho recibirá el derecho de habitación como gravamen para los sucesores del premuerto sobre la vivienda común o la parte que de ella les corresponda, de forma compatible con el usufructo legal de aquel.

b) La institución de la troncalidad

Dentro del ámbito de la existencia de legislaciones civiles locales en la CAPV, es necesario ahora tratar el tema de la concurrencia de este derecho de habitación con los bienes troncales, esto es, con la situación en que la vivienda familiar objeto del derecho de habitación es un bien troncal. La inclusión de un artículo específico dentro de la LDCV responde a esta cuestión. Se trata del artículo 70 LDCV, que plantea, en definitiva, si puede alegarse la aplicación del artículo 54 LDCV cuando la vivienda conyugal o de la pareja de hecho tenga la naturaleza de bien raíz troncal. En respuesta a esta pregunta es necesario recordar lo dispuesto en el artículo 64.1 LDCV, lo que supone que en la sucesión del fallecido tanto la propiedad que el sucesor adquiere sobre la vivienda común como el propio derecho de habitación son teóricamente bienes raíces troncales, si bien en el caso del derecho de habitación la inexistencia de parientes tronqueros hace que no pueda hablarse propiamente de troncalidad.

Además, con la LDCV en la mano, la troncalidad que afecte a la vivienda común objeto del derecho de habitación supondrá necesariamente una troncalidad que se refiera a los hijos o descendientes como parientes tronqueros *ex* artículo 66.1 LDCV, variando su situación con respecto a los bienes raíces adquiridos por el matrimonio o los miembros de una pareja de hecho durante la vigencia de la misma, ya que en ese caso ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho son ascendientes tronqueros. Por otra parte, la excepción del artículo 63.3 LDCV puede ser importante para a este último supuesto de vivienda adquirida constante matrimonio o pareja de hecho, ya que su troncalidad no se inicia desde su adquisición, sino que es necesaria su transmisión a un descendiente para que adquiera tal carácter.

Las conclusiones en relación al derecho de habitación y la troncalidad, de acuerdo con el planteamiento anterior, son extraíbles según los siguientes parámetros: 1. Si la vivienda conyugal o de la pareja de hecho tuviese el carácter de bien troncal, el derecho de habitación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho puede recaer sobre la misma, ya que no afecta a la intangibilidad de dicha troncalidad. 2. El valor de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho se computará dentro del cálculo de la legítima y se imputará en primer lugar al pago de la misma, salvo disposición expresa en contrario del testador. Respecto al derecho de habitación habrá que estar en su imputación a lo ya reseñado anteriormente, si bien en el caso en el que no existan otros bienes de naturaleza no troncal dentro de la sucesión, se imputará lógicamente, como gravamen de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, de naturaleza troncal, incluida en la sucesión. 3. Respecto a la conmutabilidad del derecho de habitación en el caso de recaer sobre la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, de

naturaleza troncal, incluida en la sucesión, y a diferencia del criterio de no conmutabilidad de este derecho, puede plantearse una doble circunstancia: a) Si la troncalidad proviene de la familia troncal del cónyuge fallecido o miembro superviviente de la pareja de hecho, parece lógica la aplicación de lo dispuesto en el artículo 70.6 LDCV y, por tanto, defender la conmutabilidad de carácter obligatorio para el viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, a petición de los tronqueros; b) Si, por el contrario, la troncalidad de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho nace en virtud de las circunstancias del artículo 66.2 LDCV, lo lógico es pensar que el derecho de habitación que surge *ex lege* para el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, no es conmutable de forma obligatoria para el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, que a su vez es pariente tronquero en relación al citado bien y, además, lo recibe por el mecanismo sucesorio excepcional que supone el derecho de habitación; hay que tener en cuenta, por otra parte, que los descendientes recibirán el bien troncal de acuerdo con su naturaleza de parientes tronqueros preferentes, y sin más gravamen que el derecho de habitación, pero que será necesario para ello que la transmisión sucesoria se haya perfeccionado, ya que hasta ese momento no adquirirá la naturaleza de bien troncal y, por lo tanto, no podrá ser objeto de la conmutabilidad precitada.

c) El régimen económico de gananciales

La LDCV, en lo relativo al régimen económico matrimonial de los cónyuges de vecindad civil vasca, ha establecido como régimen legal, a falta de pacto, en el artículo 127.1, el de la sociedad de gananciales del Código civil con un criterio de remisión dinámica a sus futuras modificaciones y con la excepción que luego se analizará, relativa al régimen legal de comunicación foral *ex* artículo 127.2.

La primera cuestión que puede plantearse es el hecho de la interpretación en este punto de la aplicabilidad del artículo 9.8 del Código civil que ha generado diferentes teorías, sobre todo su último inciso: (...) *Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*⁵⁹.

Cabe pensar que este derecho de habitación que la LDCV atribuye al cónyuge supérstite se rige por la ley que regula los efectos del matrimonio que, en la LDCV, como ya se ha dicho, puede ser la que se refiere al régimen económico de gananciales del Código civil y, por tanto, aplicarse también dicho cuerpo legal al derecho de habitación recogido en el artículo 54 LDCV. Hay que rechazar, sin embargo, esta tesis en el caso de la LDCV, ya que

las consecuencias, además de lo absurdo de su aplicación⁶⁰, supondrían desterrar la normativa sucesoria de la LDCV en la sucesión de las personas con vecindad civil vasca que se hallen casadas en el régimen económico que determina la ley civil vasca por su remisión a la sociedad de gananciales del Código civil. Todo ello, además, no se compadece con lo establecido en el artículo 125 LDCV. En él se establece la libertad de pacto entre los cónyuges dentro de la LDCV y su aplicabilidad en función de la vecindad civil vasca o la local vizcaína aforada, lo que a su vez se completa con el artículo 127 LDCV que realiza una remisión dinámica⁶¹ a la regulación de la sociedad de gananciales del Código civil, remisión que, desde luego, no supone sino la concreción del régimen legal aplicable al matrimonio, pero no de la legislación aplicable a la sucesión de quienes tienen vecindad civil vasca o local vizcaína aforada, ya que la LDCV hace suyo el régimen de gananciales del Código civil, lo hace propio, del mismo modo que podría haber establecido un sistema de régimen económico matrimonial con carácter privativo o modalizar para ello otro preexistente.

De ahí que la opción realizada por la mayoría de la doctrina en el sentido de entender que las *mortis causa capiones*, y entre ellas, el derecho de habitación del artículo 54 LDCV, se hallan incluidas en el último inciso del artículo 9.8 del Código civil, y excluidas de la aplicación de la ley sucesoria⁶², no impida que el derecho de habitación aquí estudiado se rija por la ley que se aplica al fondo del asunto, esto es, por la *lex causae*, que es la LDCV.

Configurada de este modo la aplicación del artículo 9.8, último inciso del Código civil a las cuestiones derivadas del derecho de habitación regulado en el artículo 54 LDCV, se plantea como *prius* para su eficacia, una vez fallecido uno de los cónyuges, la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ambos (arts. 85 y 1392 CC) y la determinación de la inclusión dentro de la misma de la vivienda conyugal o común, lo cual plantea una serie de problemas que en el caso de la LDCV es necesario resolver acudiendo a la regulación del Código civil, tanto por la remisión ya reseñada como por la aplicación con carácter supletorio de dicho texto legal por la vía del artículo 3 LDCV.

Cierto es que, hasta la hora de liquidarse la sociedad de gananciales, no se materializa la cuota de la vivienda conyugal que corresponde al cónyuge viudo ni la que corresponde a los herederos del premuerto. Sobre la segunda recaerá el derecho de habitación y por tanto los herederos la recibirán gravada con este derecho. No obstante, la regulación del régimen legal de gananciales exige referirse ineludiblemente a la relación de este derecho de habitación de la LDCV con dos técnicas atributivas de bienes que operan en la liquidación de la sociedad de gananciales y que tienen por objeto, como el derecho de habitación, proteger el *statu quo*

del cónyuge superviviente. Son las llamadas predetracciones y los derechos de atribución preferente.

El panorama a dibujar, por tanto, en el caso de la LDCV y para los matrimonios de vecindad civil vasca sujetos a la sociedad de gananciales del Código civil, es el siguiente: a) El cónyuge viudo tendrá derecho a las predetracciones del artículo 1321 del Código civil, si se entiende que este tiene carácter supletorio de la LDCV, posición que, en nuestra opinión, no es asumible; b) El cónyuge viudo tendrá derecho a la atribución preferente de la vivienda donde tuviese su residencia habitual la familia, atribución preferente que, en todo caso, podría pedir en plena propiedad o en uso o habitación, pagando, en su caso, la diferencia en dinero *ex* artículos 1406.4 y 1407 del Código civil ; c) La atribución en propiedad supondría la imposibilidad de materialización del derecho de habitación del artículo 54 LDCV. No obstante, creemos que es lógico pensar que habría que deducir del importe a abonar, el montante de la capitalización del derecho de habitación que reconoce el artículo 54 LDCV, ya que es un derecho propio y autónomo, atribuido *ex lege* al cónyuge viudo y d) La atribución de un uso o habitación no tendría demasiado sentido si al cónyuge viudo se le reconoce por el artículo 54 LDCV dicho derecho de habitación sobre la vivienda conyugal que es la residencia habitual familiar, ya que este derecho será equivalente (habitación) o más amplio (en relación al uso) y, además, no necesitará compensar la diferencia en dinero puesto que la propia ley se lo atribuye por un título que está más cerca de la predetracción que de la atribución preferente, modulando así para los matrimonios sujetos al Derecho civil vasco la regulación del Código civil.

En el caso de que aún sujetos al régimen de gananciales, la vivienda conyugal fuese privativa del cónyuge premuerto, operará el derecho de habitación *ex lege* del artículo 54 LDCV, sin que quepa la aplicación de los artículos 1406.4 y 1407 del Código civil por tratarse de normas de liquidación de sociedad conyugal de gananciales, que no resultan aplicables a un bien privativo, aunque este fuese la vivienda conyugal y familiar.

d) El régimen económico de separación de bienes

Sentadas ya las premisas de la equiparación entre matrimonio y parejas de hecho, corresponde ahora preguntarse por la interrelación entre el derecho de habitación del artículo 54 LDCV y el régimen legal de separación de bienes establecido en el Código civil y al que se remite como régimen patrimonial legal, tras su reforma por la LDCV, el artículo 5.3 LRPH.

La remisión, igualmente dinámica⁶³, a las normas del Código civil hace que en función del artículo 1437 de dicho texto legal, fallecido uno los cón-

yuges, quepa únicamente la aplicación del artículo 54 LDCV por el que los herederos del cónyuge fallecido recibirán la vivienda de la pareja de hecho fallecida sujeta al gravamen del derecho de habitación a favor del miembro superviviente de la pareja de hecho, *ex* artículo 54 LDCV.

e) El régimen económico de comunicación foral de bienes

La comunicación foral es el régimen legal propio de los matrimonios entre personas de vecindad civil vasca y vecindad civil vizcaína aforada (o entre quienes tengan vecindad civil vizcaína aforada o no) en virtud del artículo 127.2 y 3 LDCV. Es un régimen de comunidad universal de bienes, a diferencia de la sociedad de gananciales, y con regulación propia de la LDCV. Supuesto lo anterior, se plantea la imbricación del derecho de habitación objeto de este análisis y las especificidades del régimen de comunicación foral, que ya lo adelantamos, dispone para el cónyuge superviviente y en relación al caserío de una serie de normas especiales a las que ya hemos hecho una primera referencia, ubicadas en los principios de mantenimiento del *statu quo* familiar.

La conexión entre el régimen económico-matrimonial y la regulación sucesoria es en la comunicación foral mucho más intensa que en el de otros regímenes económico-matrimoniales⁶⁴, por lo que es necesario comenzar el examen de sus disposiciones distinguiendo los diferentes casos que la LDCV recoge en relación a la disolución y liquidación de dicho régimen.

a) Disolución por muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos y descendientes comunes.

La situación supondrá que la titularidad de la vivienda conyugal sobre la que recae la comunicación foral se consolide y se transforme en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo de una parte y los hijos o descendientes sucesores del premuerto de la otra, hasta la división y adjudicación de los bienes (art. 140 LDCV).

Si el cónyuge viudo ha sido designado comisario, tendrá el usufructo del caudal no dispuesto (art. 141.3 LDCV) por lo que subsume dicho usufructo el posible derecho de habitación del artículo 54 LDCV.

Si el cónyuge viudo no ha sido designado comisario, habrá que estar a lo que el consorte haya establecido en su ordenación sucesoria (usufructo universal o parcial) o en su caso, al usufructo legal del cónyuge viudo, con los que concurrirá el derecho de habitación del artículo 54 LDCV, con la problemática ya tratada anteriormente, si los bienes son troncales del cónyuge premuerto.

No hay que olvidar la posibilidad de autoadjudicación del cónyuge viudo comisario de la mitad de todos y cada uno de los bienes, incluida la

vivienda conyugal, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto y todo ello sin perjuicio de las reservas sucesorias (art. 142.1 LDCV).

b) Disolución por muerte de uno de los cónyuges, sin hijos ni descendientes comunes.

La comunicación foral no se consolida y, por tanto, los bienes se distribuirán por mitades entre ambos cónyuges, incluida la vivienda conyugal, por lo que, en la sucesión de la mitad correspondiente al cónyuge fallecido, operará el derecho de habitación en los términos ya recogidos para su concurrencia con el resto de los derechos hereditarios que correspondan a los sucesores del cónyuge premuerto.

c) Reglas particulares para la disolución por muerte de uno de los cónyuges, sin hijos ni descendientes. Tienen que ver con dos situaciones diferentes:

— La primera relativa al caserío propiedad del cónyuge fallecido, en el que el cónyuge superviviente tiene derecho a continuar durante un año y un día, sin perjuicio de los demás derechos que le corresponden por disposición legal o voluntaria. Este derecho de *continuar* en el caserío, propio del Derecho civil vasco y de gran tradición, está muy cerca del derecho de habitación del artículo 54 LDCV. Hoy en día está claro que ambos derechos, el de continuar en el caserío (limitado en el tiempo a un año y un día) y el de habitación con vocación de pervivencia son, por disposición de la propia ley, plenamente compatibles y, por tanto, derechos que se pueden predicar para el cónyuge viudo en el caso de que sea el caserío propio del cónyuge premuerto la vivienda conyugal, máxime si se trajo dote o una aportación al matrimonio por el cónyuge viudo, en cuyo caso el plazo se prorroga hasta su devolución y siempre que no quede subsumido en un usufructo superior al legal o haya un nombramiento de comisario por el cónyuge fallecido a favor del cónyuge viudo. Sin embargo, su naturaleza ha sido establecida de modo diferente, ya que mientras a ese derecho de continuar en el caserío se le ha dado una naturaleza de carácter familiar, ubicándolo la propia LDCV en la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, del derecho de habitación del artículo 54 LDCV puede predicarse una naturaleza que, sin olvidar su fundamento familiar, le sitúa, tanto en la sistemática de la LDCV como en su propia dinámica, en el ámbito del fenómeno de la atribución sucesoria *mortis causa*⁶⁵.

— La segunda se refiere a las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales de la línea del cónyuge fallecido en las que la adjudicación será para los herederos tronqueros del premuerto, abonándole al otro cónyuge el haber que le corresponde, pero teniendo este el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días (art. 146 LDCV). Una vez

más, toca aquí aplicar, a nuestro juicio, a la vivienda conyugal que es bien troncal y que resulta adjudicada a los herederos tronqueros, el derecho de habitación del artículo 54 LDCV, si bien sometido a las características de su constitución y ejercicio sobre los bienes troncales, ya analizadas.

f) El derecho de habitación constituido voluntariamente a favor de terceras personas

Queda por examinar un supuesto relativo a la concurrencia entre el derecho de habitación constituido por el cónyuge fallecido sobre la vivienda familiar a favor de terceros y el derecho de habitación del artículo 54 LDCV. La constitución a favor de un tercero de un derecho de habitación sobre la vivienda conyugal puede tener diferentes razones entre las cuales se encuentra incluso v.gr. la existencia de un familiar con capacidad judicialmente modificada a cuyas necesidades quiere atenderse como ocurre con la regulación del artículo 822 del Código civil.

¿*Quid* sobre el título de constitución? Con la LDCV en la mano, el título podría ser el testamento, la donación o el pacto sucesorio. Constituido en testamento, podría hacerse a favor del heredero o a título de legado, bien por cónyuge causante o bien por su comisario, siendo operativo en el momento del fallecimiento del causante o en el momento del ejercicio del poder testatorio. Si la constitución se produce en virtud de una donación, esta podrá serlo con carácter *inter vivos* o *mortis causa*, o bien a través de un pacto sucesorio con efectos de presente o *post mortem* según los artículos 100 y siguientes de la LDCV, en especial el artículo 102 LDCV, con las especificaciones que se desee (art. 103 LDCV).

Conviene, por tanto, fijarse en el *iter* y en el *tempus* de estos supuestos y determinar su compatibilidad con el derecho de habitación del cónyuge viudo o del miembro superviviente de la pareja de hecho del artículo 54 LDCV.

— Si se constituye en vida del causante por medio de una donación *inter vivos* o *mortis causa* o un pacto sucesorio de presente, su existencia será *ex nunc*, esto es, desde ese momento y, por tanto, sus efectos serán indiscutibles a la hora de abrirse la sucesión sobre el resto de los bienes por fallecimiento del causante que fue el instituyente. Ese momento del fallecimiento es el momento en el que operaría *ex lege* el derecho de habitación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con el consiguiente posible conflicto. La discusión puede plantearse en relación a la posible coexistencia entre ambos derechos y su contraposición, ya que entrarán en concurrencia la posición del instituido en vida y la del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

En nuestra opinión, la tesis de la coexistencia de ambos derechos parece la más ordenada siempre que sea posible y que no haya un derecho real sobre la vivienda conyugal que obste a su ejercicio. Dicha coexistencia entre ambos derechos, el de origen voluntario y el de atribución legal vendrá dada a partir del momento del fallecimiento del causante y la apertura de su sucesión, dando preferencia en un sistema de libertad civil como lo es el de la LDCV, al derecho de habitación constituido a título voluntario y anterior en el tiempo al derecho de habitación *ex lege* del artículo 54 LDCV en la medida en que su ejercicio resultase imposible para ambos habitacionistas de modo simultáneo. A falta de acuerdo entre ambos para su ejercicio, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho que no haya incurrido en causa de extinción de este derecho y, en su caso, el tercero deberán dirimir sus pretensiones por vía judicial y, en todo caso, tendrán derecho cada uno de ellos a que se les satisfaga su importe o, en su caso, que su ejercicio pueda ser ordenado de forma consecutiva en el tiempo, si el tercero o cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho no ha fallecido en el interin o renunciado a dicho derecho de habitación que le corresponde.

— Si por el contrario, el derecho de habitación se constituye con carácter simultáneo o posterior al fallecimiento pero con carácter voluntario en virtud de alguno de los títulos ya citados, la coexistencia dependerá de las circunstancias ya expresadas y a diferencia del supuesto anterior, en nuestra opinión, en el caso de coexistencia imposible entre ambos derechos habría que conceder preferencia al derecho de habitación establecido en el artículo 54 LDCV y luego indemnizar al tercero en el caso de que por falta de acuerdo entre ambos no pueda ejercitar su derecho.

I. Extinción

Como ya se ha señalado anteriormente, la LDCV distingue entre dos momentos en cuanto a la ineficacia originaria o la extinción sobrevenida del derecho de habitación que corresponde al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. En este sentido es necesario conjugar la dicción ya recogida en el artículo 54 LDCV con el texto del artículo 55 LDCV: *Salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legítimos y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona.*

La sistematización de estas causas puede hacerse de la siguiente forma:

1. Las causas impeditivas *ab origine* de la constitución del derecho de habitación, *salvo que el causante disponga de forma expresa lo contrario*, para: a) El cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente⁶⁶; b) El cónyuge viudo que haga vida marital con otra persona y c) El miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona.

2. Las causas que originan *ex post* la extinción del derecho de habitación previamente constituido a favor del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, por ruptura de la fidelidad *post mortem* respecto al fallecido: a) Las ulteriores nupcias del cónyuge viudo; b) La vida marital del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con otra persona⁶⁷; c) El hijo no matrimonial del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho y un tercero y d) La constitución por parte del cónyuge viudo o del miembro superviviente de la pareja de hecho de una nueva pareja de hecho con un tercero.

3. Las causas *generales* que suponen la extinción del derecho de habitación: a) La muerte del habitacionista, esto es, del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho; b) La reunión en la persona del habitacionista del derecho de habitación y del derecho de propiedad o el usufructo pleno sobre la vivienda objeto del mismo; c) La renuncia del habitacionista; d) La pérdida o destrucción de la vivienda afecta al derecho de habitación; e) La resolución del derecho del causante constituyente⁶⁸ del derecho de habitación sobre la vivienda conyugal, resolución que tiene efectos retroactivos, esto es, desde el momento de constitución del derecho de habitación por razón de la transmisión *mortis causa*; f) El abuso grave por el habitacionista de la vivienda afecta al derecho de habitación en los términos del artículo 520 del Código civil. En relación a dicho abuso, hay que entender, junto con GARCÍA HERRERA⁶⁹, que no puede extenderse a todas las conductas constitutivas de abuso, ya sea sobre la cosa (mal uso) o en el ejercicio del derecho (abuso en sentido estricto). La jurisprudencia señala que el abuso no es un concepto abstracto, sino que requiere unos presupuestos determinados que deben ser acreditados, tal como establece el artículo 7.2 del Código civil, por lo que al enjuiciar esta causa de extinción hay que resaltar con claridad la idea de la extralimitación, es decir, del sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; g) La falta de idoneidad de la vivienda para satisfacer las necesidades del habitacionista y h) La falta de uso por parte del habitacionista de dicha vivienda que en su caso podría llevar por la vía de la prescripción a la extinción de este derecho, aunque no sea una hipótesis excesivamente verosímil, ya que iría en contra de la propia finalidad del derecho de habitación⁷⁰.

J. Cuestiones de Derecho transitorio

La efectividad del derecho de habitación reconocido en el artículo 54 LDCV *ex novo*, comenzó en virtud de la disposición final de la LDCV a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco, que tuvo lugar el día 3 de julio de 2015⁷¹, y, en consecuencia, se comenzó a aplicar a las sucesiones de quienes fallecieron a partir del 3 de octubre de 2015 y habían adquirido la vecindad civil vasca.

La vecindad civil vasca ha sido atribuida *ope legis* a quienes gocen de vecindad civil en los territorios vascos, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria séptima LDCV. Por tanto, en la sucesión *mortis causa* de los que en la fecha señalada adquirieron la vecindad civil de cualquiera de los territorios de la CAPV, y fallecieron posteriormente, incurso en las circunstancias del artículo 54 LDCV, se ha dado este derecho de habitación a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria primera LDCV.

Es de destacar dentro de las disposiciones transitorias del Código civil, la duodécima⁷², a tenor de la cual cabe preguntarse por la aplicación *ex lege* del derecho de habitación del artículo 54 LDCV al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho cuando el fallecimiento del otro cónyuge o miembro de la pareja de hecho haya tenido lugar después de la entrada en vigor de la LDCV, aunque nada hayan dicho aquellos en su título sucesorio o se les apliquen las normas de la sucesión intestada de la LDCV. La respuesta ha de ser afirmativa, a nuestro juicio, produciéndose esa atribución *ex lege* que encuentra su origen en las disposiciones mencionadas.

III. DEL DERECHO CIVIL VASCO AL DERECHO PRIVADO EUROPEO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La primera cuestión que nos interesa es conocer la existencia de soluciones similares al artículo 54 LDCV en los ordenamientos jurídicos civiles de los países del entorno europeo. Nuestra atención se centrará en el Derecho italiano⁷³, en el Derecho francés y en las disposiciones de la Unión Europea en este ámbito, ya que son tres referentes significativos tanto por su proximidad geográfica y cultural como por su carácter transnacional. Nos centraremos en primer lugar en el distinto modo en que cada ordenamiento nacional (en este caso, el italiano y el francés) ha regulado esta situación de tipo sucesorio y familiar.

Este análisis sería incompleto si no se hiciese referencia a la nueva realidad transfronteriza que suponen los vigentes Reglamentos europeos y, más en concreto, el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante R(UE) 650/2012) y, posteriormente, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [en adelante R(UE) 2016/1103] y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [en adelante R(UE) 2016/1104].

2. DERECHO ITALIANO

La reforma del Codice civile italiano en esta materia tuvo lugar por la Ley 151/1975, de 19 de mayo, en la que se introdujo una nueva redacción del artículo 540⁷⁴. Se considera mayoritariamente un legado *ex lege* por parte de la doctrina y la jurisprudencia⁷⁵. Su imputación se efectúa en primer lugar a la parte de libre disposición de la herencia y, si no fuera suficiente, a la legítima del cónyuge viudo y solo después y, en su caso, a la de los descendientes⁷⁶. Ciertamente, recae solo sobre la casa o residencia familiar y contempla una situación matrimonial que excluye de su regulación la situación del miembro superviviente de la pareja de hecho.

Su ubicación dentro del ordenamiento jurídico italiano es en el ámbito del Derecho sucesorio⁷⁷, pero sin olvidar el vector familiar que se deriva de su reconocimiento para el cónyuge viudo y en relación a la residencia familiar, en una regulación que recuerda bastante a la establecida en el ámbito del Derecho civil vasco. Quedan, por tanto, excluidas de su aplicación, las situaciones de convivencia distintas del matrimonio y su régimen sucesorio⁷⁸.

En relación a los supuestos convivenciales distintos del matrimonio, es necesario citar la Legge 20 maggio 2016, núm. 76 (Gazzeta Ufficiale. Serie Generale, núm. 118 de 21 maggio 2016), que regula las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las situaciones de convivencia entre personas que no constituyen matrimonio o unión civil, que regulan de forma paralela, aunque más limitada, este tipo de sucesiones.

3. DERECHO FRANCÉS

La situación del cónyuge viudo en el derecho francés ha cambiado en virtud de la reforma operada en los artículos 763 a 766 del Code civil de acuerdo con la Loi núm. 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001, que establece el derecho de utilizar la vivienda conyugal y su mobiliario durante un año a partir de la fecha del fallecimiento del otro cónyuge, incluso en los casos de arrendamiento, señalando que este derecho de goce se reputa como un efecto de matrimonio y no como un derecho sucesorio, siendo de orden público.

Salvo disposición en contrario del cónyuge fallecido, el cónyuge viudo tiene, además, un derecho de habitación del inmueble principal de la familia y de uso del mobiliario del mismo. La privación por el cónyuge fallecido de estos derechos de habitación y uso no afecta a los derechos de usufructo del cónyuge viudo. Este último tendrá que solicitar estos derechos de habitación y uso en el plazo de un año a partir del fallecimiento del cónyuge e incluso pueden acordar el cónyuge viudo y los herederos del premuerto sustituirlo por una renta vitalicia o un capital.

En definitiva, se distinguen dos derechos: uno de goce, temporal y limitado a un año, de naturaleza familiar y matrimonial y circunscrito al goce de la vivienda que ocupan los cónyuges al fallecimiento de uno de ellos⁷⁹, siendo este derecho, además, de orden público, lo que impide su privación por el cónyuge fallecido y el otro, que le sigue cronológicamente, que es un derecho de habitación y uso de naturaleza sucesoria y carácter vitalicio, salvo disposición en contrario del testador, derecho conmutable, además, por una renta vitalicia o un capital⁸⁰ y cuyo valor se imputa sobre el valor de los derechos reconocidos para el cónyuge viudo en la sucesión del difunto a tenor del artículo 765 del Code civil.

En el Derecho francés, además del matrimonio, se distinguen dos situaciones convivenciales diferentes; la primera, relativa al llamado *Pacto Civil de Solidaridad* (PACS) que el Code civil regula en su artículo 515-1 como un contrato y que en caso de fallecimiento de uno de los dos contratantes, el superviviente podrá ejercitar el derecho de goce o la indemnización correspondiente en los supuestos establecidos en los dos primeros párrafos del artículo 763 del Code civil ya mencionado. Respecto de la situación de simple convivencia (*concubinage*), el Code civil francés la define por su carácter de estabilidad y continuidad en cuanto a la vida en pareja, sin que en la atribución de derechos sucesorios se establezcan efectos legales que vayan más allá de la voluntad del otro miembro de dicha pareja.

4. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El R(UE) 650/2012 establece las normas necesarias para armonizar las diferentes regulaciones del Derecho de sucesiones de los distintos países europeos. En primer lugar, define el concepto de sucesión *mortis causa*: «Artículo 3.1.a): A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) “sucesión”: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*».

En relación al derecho de habitación objeto de este estudio, se pueden plantear, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) La relativa a la determinación de la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la que la R(UE) 650/2012 establece una serie de criterios que van, siguiendo a IRIARTE⁸¹, desde la regla general que es la ley del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento [art. 21.1 R(UE) 650/2012], pasando por la primera regla especial que se refiere a la ley nacional del causante elegida por este, esto es, la que resulte de su *professio iuris*⁸², si la hace [art. 21.2 R(UE) 650/2012], hasta llegar a la segunda regla especial derivada del principio de proximidad del causante con un determinado Estado [art. 30 R(UE) 650/2012], con las excepciones que se corresponden con la naturaleza de determinados bienes [art. 30 R(UE) 650/2012] y la adaptación intersistemas de los derechos reales [art. 31 R(UE) 650/2012].

En todo caso, hay que tener en cuenta, a la hora de determinar la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, lo dispuesto en el artículo 36 R(UE) 650/2012 en un Estado como España que tiene carácter plurilegislativo en materia civil. A la vista de lo anterior, es pertinente preguntarse por la discrepancia entre la norma de solución de los conflictos internos (y en el caso de la CAPV, también de los conflictos locales) y de los conflictos internacionales, algo ya tratado por la doctrina española de forma profusa y en la que no nos detendremos⁸³, si bien es necesario citarla a la hora de determinar la aplicación del derecho de habitación aquí en este tipo de sucesiones *mortis causa*.

b) Tratado ya el tema de los conflictos internos en sede del ámbito de aplicación personal y territorial del derecho de habitación regulado por la LDCV, trataremos ahora de los casos en los que, por aplicación de alguna de las reglas anteriores, resulte aplicable en la sucesión de una persona que no tenga nacionalidad española el derecho de habitación regulado en el artículo 54 LDCV. La cuestión no deja de ser controvertida, y la Resolución de la DGRN de fecha 24 de mayo de 2019 ha negado esa posibilidad por

considerar que un extranjero que no posea la nacionalidad española, tampoco posee ningún tipo de vecindad civil, sin que ello suponga desigualdad entre los ciudadanos extranjeros residentes en España y los ciudadanos españoles⁸⁴. Sin embargo, otra Resolución de la DGRN de fecha 24 de julio de 2019 ha matizado ese criterio para la sucesión de un alemán residente en Ibiza de forma estable y continuada antes de su fallecimiento, sucesión a la que entiende que ha de aplicársele lo dispuesto en el R(UE) 650/2012 y, en consecuencia, dado que carecía de vecindad civil al no tener nacionalidad española, procede la aplicación directa de la ley correspondiente a la unidad territorial del caso en cuestión, esto es, la aplicación del sistema legitimario del Derecho civil balear⁸⁵.

La pregunta es, por tanto, si el derecho de habitación 54 LDCV, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, se halla o no incluido en las especificaciones del artículo 23.2.b) R(UE) 650/2012. En primer lugar, es necesario señalar con ÁZCARRAGA⁸⁶ que la cuestión relativa a los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstite se incluyen en este apartado b), lo que lleva a pensar que se abre la posibilidad de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo sean distintas con un resultado dispar. Además, la inclusión de la pareja de hecho supérstite visibiliza las parejas de hecho registradas como modelos de familia dentro de las legislaciones de algunos países europeos en una línea por la que también discurre el Derecho civil vasco a través, entre otros, del derecho de habitación objeto de este estudio.

Su ubicación, sin embargo, ha sido objeto por parte de la doctrina de una consideración que vincula este derecho de habitación a las reglas de conflicto especial que aparecen recogidas en el artículo 30 R(UE) 650/2012. En conexión con lo anterior, puede citarse también el artículo 31 R(UE) 650/2012 que se refiere a la adaptación de los derechos reales (y el derecho de habitación del artículo 54 LDCV, lo es) y que ya ha sido objeto de una primera STJUE de 12 de octubre de 2017⁸⁷, asunto Kubicka, estableciendo que la interpretación del artículo 31 R(UE) 650/2012 debe hacerse en el sentido de oponerse a la *denegación del reconocimiento por una autoridad de un Estado miembro de los efectos reales del legado vindicatorio, reconocido por el Derecho aplicable a la sucesión que el testador ha elegido con arreglo al artículo 22, apartado 1, del citado Reglamento, cuando la denegación se basa en que ese legado se refiere al derecho de propiedad de un inmueble situado en dicho Estado miembro, cuya legislación no reconoce la institución del legado con efecto real directo en la fecha de apertura de la sucesión.*

En opinión de BONOMI y WAUTELET⁸⁸ este artículo 30, si bien no incluye los derechos hereditarios que atribuyen al cónyuge supérstite una parte de la masa sucesoria, sí lo hace en relación a otro tipo de disposiciones de protección del cónyuge supérstite entre las que ejemplifica el derecho del cónyuge o el conviviente supérstites para permanecer en la vivienda común

que compartía con el causante o el denominado derecho de predetracción que permite al viudo recibir las ropas, mobiliario y enseres sin computárselo en su haber. En contra de esta opinión, ESPINEIRA, FERNÁNDEZ TRESGUERRES y RENTERIA⁸⁹ sitúan los derechos sobre la vivienda familiar, aun cuando lo sean por vía sucesoria, como ocurre con el derecho de habitación aquí examinado, en sede de los R(UE) 2016/1103 y R(UE) 2016/1104, por tratarse de materias que se refieren más al régimen económico matrimonial o patrimonial que al sucesorio. Lo cierto es que estos Reglamentos no regulan estas situaciones por lo que se puede producir, en el caso que nos ocupa, un vacío normativo preocupante.

Dentro de este contexto, es citable la STS de 28 de abril de 2014 que, como señalan LORENTE y FERNÁNDEZ TRESGUERRES⁹⁰, establece una clara diferencia entre los derechos sucesorios del cónyuge viudo y los que le corresponden por razón de la liquidación del régimen económico matrimonial. En nuestra opinión y en lo que se refiere al derecho de habitación aquí analizado, dada su naturaleza jurídica de *mortis causa capiones* y sin olvidar el doble vector que en él incide de naturaleza sucesoria y familiar, procede su inclusión en los términos del artículo 30 R(UE) 650/2012, sujeto, eso sí, a las exigencias de la *lex rei sitae* para la ubicación de la vivienda familiar, tal como apunta CARRASCOSA⁹¹.

c) En tercer lugar, cabe preguntarse por la aplicación del derecho de habitación objeto de nuestro estudio, a las sucesiones en las que el cónyuge o miembro fallecido de la pareja de hecho haya optado por ejercer la *professio iuris* recogida en el artículo 22 R(UE) 650/2012. Elegida así la ley de la sucesión por el cónyuge o miembro de la pareja de hecho en su disposición *mortis causa* y cumplidos los requisitos de la misma, si dicha elección lo es por la aplicación del Derecho civil español, y a través de este, del Derecho sucesorio que corresponde a la unidad territorial donde se halle vigente el Derecho civil vasco, se producirá en la sucesión del fallecido, la atribución *ex lege* del derecho de habitación del artículo 54 LDCV con los efectos ya analizados en este texto.

d) Por último y en relación al certificado sucesorio europeo, regulado en los artículos 62 a 73 R(UE) 650/2012, ambos inclusive, y cuya finalidad viene recogida en el artículo 63.1, será necesaria la inclusión dentro de los derechos hereditarios que correspondan al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho del derecho de habitación que nos ocupa⁹².

IV. CONCLUSIONES

El examen realizado a lo largo de estas páginas pone de relieve una serie de conclusiones que permiten afirmar una aproximación del Derecho

civil vasco, en esta su primera regulación común para todos los ciudadanos vascos, a las soluciones del Derecho europeo de los países del entorno.

I. Es evidente que este derecho de habitación regulado en el artículo 54 LDCV entronca con aquellos derechos que existieron históricamente a favor del cónyuge viudo y se manifiesta en una regulación actual que tiende a proteger el *status quo* del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, bien jurídico que comparten muchos de los ordenamientos jurídicos europeos hoy en vigor, con diferentes formas y regulaciones, pero siempre en la intersección entre la sucesión *mortis causa* y las relaciones jurídicas familiares que todas ellas comparten y que tiene una incidencia especial en las sucesiones, hoy muy frecuentes, entre personas con diferente legislación sucesoria y familiar, o como es el caso de España, con diferentes legislaciones civiles, lo que lleva a un sistema conflictual y a una prevalencia del principio de autonomía de la voluntad muy importante⁹³.

II. El derecho de habitación regulado en el artículo 54 LDCV presenta unas características propias, sucesorias y de familia, que hacen que la relación entre habitación, familia y sucesión sea hoy en el ámbito del Derecho civil vasco, acogedora de ribetes que exceden de lo puramente cuantitativo y cualitativo en la regulación de las limitaciones a la libertad de testar y se sitúe en una perspectiva familiar en la que la sucesión se vislumbra no como una ruptura familiar inevitable producida por la muerte, sino como una continuación que evite en lo posible disrupciones y garantice al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho un estatus acorde con su anterior convivencia con el fallecido.

III. A estos efectos, el legislador vasco ha establecido un derecho de habitación que no se puede identificar miméticamente con el derecho real de habitación regulado en el artículo 523 y siguientes del Código civil, sino modulado por la finalidad específica que posee. Es también claro que el derecho de habitación residenciado en el Código civil se ha revivificado con esta nueva dimensión familiar que ve su principal manifestación en su atribución *ex lege* y su naturaleza jurídica en un esquema mixto como el de las *mortis causa capiones*, muy cerca de las predetracciones y las atribuciones preferentes existentes ya en materia de régimen económico matrimonial de gananciales en el Código civil. De esta forma la LDCV transforma y actualiza la vieja idea de la continuidad en el caserío para el cónyuge viudo y la proyecta en la actual sociedad como un derecho de habitación con *iter* sucesorio y causa familiar.

IV. Corolario de lo anterior es, sin duda, que el carácter convivencial, origen de la familia, ha de llevar a entender incluido hoy en día en este derecho de habitación al miembro superviviente de la pareja de hecho. La moderna y constitucional regulación de la familia impone esta conclusión por encima de conflictos y cuestiones competenciales que, además, son

perfectamente interpretables en clave de las competencias asumidas por la comunidad autónoma del País Vasco en su Estatuto de Autonomía.

V. El entorno geográfico más inmediato tanto a nivel de ordenamientos nacionales como de Derechos civiles territoriales y las disposiciones emanadas de la Unión Europea en materia sucesoria avalan este tipo de soluciones tanto para el cónyuge viudo como para el miembro superviviente de la pareja de hecho.

VI. Todo ello no obsta a la existencia de conflictos de leyes tanto a nivel interno como a nivel transfronterizo en relación a la aplicación de este derecho de habitación del artículo 54 LDCV derivados de la configuración de un Estado plurilegislativo en el caso de España y de la existencia de regulaciones territoriales propias en la CAPV que pueden incidir en este tema.

VII. Por último, el futuro de esta regulación pondrá blanco sobre negro, la utilidad de este derecho para satisfacer las necesidades de quienes se encuentran en esta situación enraizada con lo que siempre ha sido el objetivo fundamental del Derecho civil vasco, que es el mantenimiento del patrimonio familiar de generación en generación y la estabilidad del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en el hogar familiar, a pesar del fallecimiento del cónyuge o miembro de la pareja de hecho tras una relación de convivencia con él.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, Kubicka.
- STC 81/2013, de 11 de abril de 2013, BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013.
- STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013.
- STC 110/2016, de 9 de junio de 2016, BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016.
- STS de 4 de febrero de 1983.
- STS de 12 de mayo de 1996.
- STS de 28 de abril de 2014.
- STS de 16 de marzo de 2016.
- SAP Madrid (Sección 20.^a) de 22 de febrero de 1999.
- SAP Segovia 119/1999, de 3 de mayo de 1999.
- SAP Barcelona (Sección 1.^a) de 17 de septiembre de 2003.
- SAP Álava 672/2016 de 16 de noviembre de 2016.
- SAP Palma de Mallorca 529/2020 (Sección 3.^a) de 30 de diciembre de 2020.

- RDGRN de 29 de julio de 2015 (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2015).
- RDGRN de 24 de mayo de 2019 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019).
- RDGRN de 24 de julio de 2019 (BOE núm. 231 de 25 de septiembre de 2019).
- RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 (BOE núm. 257 de 28 de septiembre de 2020).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2017). La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. IV, núm. 3, 35-62, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- (2019). ¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. *La Ley Unión Europea*, núm. 74.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (1999). *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*. Vitoria: Diputación Foral de Álava. Departamento de Cultura.
- ARIAS BONET, J.A. (1950). *Mortis causa capiones*. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 20, 781-800.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I. (2015). La STC 93/2013, de 23 de mayo, y la regulación del régimen interno de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 45-47.
- (2016). Capítulo XII. Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia. En J. Gil Rodríguez (Dir.) y G. Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho civil vasco* (2016). Barcelona: Atelier, 243-256.
- ÁZCARRAGA MONZONIS, C. (2015). Artículo 23. Ámbito de la ley aplicable. En: J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (Dirs.). *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 166-171.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762.
- BIZKAIKO FORU LEGERIA/LEGISLACIÓN FORAL DE BIZKAIA [Recopilado por la Sección de Derecho Civil Foral del Instituto de Estudios Vascos]. (1991). Bilbao: Bizkaiko Foru Aldundia. Diputación Foral de Bizkaia.
- BONOMI, A. y WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Cizur Menor (Navarra): Reuters. Aranzadi.
- BRANCÓS NUÑEZ, E. (2002). Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges y convivientes. *La Notaria*, núm. 4, 59-77.
- (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte tercera. Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja. En M. Garrido Melero (coord.). *Sucesiones. Las atribuciones legales*.

- Tomó V, vol. 3.º (2005). Madrid: Consejo General del Notariado, Thomson, Civitas. Aranzadi.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granada: Editorial Comares.
- CELAYA IBARRA, A. (1997). Artículo 110. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dirs.). *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madrid: EDESA, 493-498.
- CORRAL GARCÍA, E. (2007). *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*. Barcelona: Editorial Bosch.
- DORAL GARCÍA, J.A. (1993). Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 89-120.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2015). La situación actual de las parejas no casadas. *InDret* [En línea], núm. 3, 1-46, disponible en <https://indret.com/la-situacion-actual-de-las-parejas-no-casadas/>.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas. Aranzadi.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2015). Artículo 30. Disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes. En J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (Dirs.). *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 254-258.
- FALZONE CALVISI, M.G. (1993). *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*. Napoli: Casa Editrice Jovene.
- FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2016). El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco. *Boletín JADO*, núm. 27, enero-diciembre de 2015-2016, 475-498.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012*. Cizur Menor (Navarra): Reuters. Aranzadi.
- FONTANELLAS MORELL, J.M. (2010). *La professio iuris sucesoria*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FUGARDO ESTIVIL, J.M. (2011). *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*. Barcelona: Editorial Bosch.
- GAGO SIMARRO, C. (2019). Derechos «mortis causa» del cónyuge superstite. En F. Capilla Roncero; M. Espejo Lerdo de Tejada; F.J. Aranguren Urriza (Dirs.); J. P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez (coords.) (2019). *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 519-550.
- GALGANO, F. (2015). *Tratato di Diritto civile*. Volume primo, terza edizione aggiornata a cura di Nadia Zorzi Galgano. Padova: Cedam. Wolters Kluwer.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2016). Capítulo L. La sucesión forzosa en el País Vasco. En M. C. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de Derecho de sucesiones*, tomo II, 2.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 697-730.
- GALINDEZ, J. de. (1957). *La Tierra de Ayala y su fuero*. Buenos Aires: Editorial vasca Ekin, S.R.L.

- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. 8.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi,
- GARCÍA HERRERA, V. (2018). *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2019). Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. VI, núm. 4, 1-43, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- GENGHINI, L. y CARBONE, C. (2015). *Le successioni per causa di morte*, tomos primo e secondo. Milano: Cedam.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (2016). La posición del viudo y del conviviente supérstite. En J. Gil Rodríguez (Dir.) y G. Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho civil vasco* (2016). Barcelona: Atelier, 273-291.
- GOMÁ LANZÓN, I. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo. En M. Garrido Melero (coord.). *Sucesiones. Las atribuciones legales*. Tomo V, vol. 3.º (2005). Madrid: Consejo General del Notariado, Thomson, Civitas, 808.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Determinación del derecho de habitación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2646-2660.
- HUGOT, J. y PILLEBOUT, J.-F. (2005). *Les droits du conjoint survivant*. 2ª édition. Paris: Lexis Nexis, Litec.
- IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales. *Actualidad Civil*, núm. 6, 30-43.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1999). *El Código civil y sus reformas*. 9.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LORENTE MARTÍNEZ, I. (2015). Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [En línea], vol. 7, núm. 1, 256-268, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>.
- MALAUURIE, P. y BRENNER, C. (2014). *Les successions. Les libéralités*. 6.ª édition. Issy-les Moulineaux: Lextenso éditions, LGDJ.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. MADRID: Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MARTÍN-CASALS, M. (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? *Indret* [En línea], núm. 3, 1-43, disponible en <https://indret.com/el-derecho-a-la-convivencia-anomica-en-pareja-un-nuevo-derecho-fundamental/>.
- MARTÍN ROMERO, J.C. (2019). Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. ¿Necesidad de reforma del Derecho interregional español? *El Notario del siglo XXI*, núm. 86, 158-162.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. (1998). *La situación del cónyuge viudo en el Derecho civil foral de Bizkaia*. Bilbao: Universidad de Deusto. Diputación Foral de Bizkaia.

- MAS BADÍA, M.D. (2017). El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes civiles. Especial referencia a las valencianas. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 317-386.
- MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). *Legítima del cónyuge superviviente*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios.
- MONASTERIO AZPIRI, I. (2005). La familia en Bizkaia y su régimen jurídico. *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 5, 31-63.
- NANCLARES VALLE, J. (2015). Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 1859-1914.
- NAVAJAS LAPORTE, A. (1975). *La ordenación consuetudinaria del caserío en Gipuzkoa*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia.
- NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488.
- NUÑEZ MUNIZ, M.C. (2014). Acerca de la posibilidad de los «legados legales» en el Código civil con especial atención a la legítima, reflexiones críticas sobre doctrina y jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 1961-1983.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (2001). Breve reflexión acerca de la utilidad del derecho de habitación en el siglo XXI. *Derecho com* [En línea], disponible en <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/15/breve-reflexi-n-acerca-de-la-utilidad-del-derecho-de-habitacion-en-el-siglo-XXI>.
- RENTERIA AROCENA, A. (2015). Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012y las reformas legislativas de 2015. [En línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf>.
- (2016). La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: Los conflictos de leyes y el Certificado sucesorio. En *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria: Parlamento Vasco, 189-236.
- RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile*. IX edizione. Milano: Giuffrè Editore.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2016). *Usufructo, uso y habitación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, tomo III.
- SALVADOR CODERCH, P. (1984). La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas. *Anuario de Derecho civil*, fascículo 4, 975-1006.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (2018). *El Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- URIARTE LEBARIO, L.M. (1912). *El Fuero de Ayala*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M.G. Hernández.
- URRUTIA BADIOLA, A.M. (2016). Capítulo II. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección Primera. De la legítima (arts. 47 a 57). Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (arts. 58 a 60). En A.M. Urrutia Badiola (Dir./coord.)

- (2016). *La Ley 15/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho. Dykinson, 83-96.
- (Dir./coord.) (2018). *Praxis de Derecho civil vasco*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho. Editorial Gomylex.
- URRUTIA BADIOLA, A.M. e IRIARTE ÁNGEL, F de B. (2018). La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco. *Bitácora Millennium*, [En línea], núm. 7, disponible en www.millenniumdipr.com.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2019). *El derecho de predetracción. Bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*. Barcelona: Atelier.
- ZABALO ESCUDERO, M.E. (1993). *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

NOTAS

¹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1999). *El Código civil y sus reformas*. 9.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 6.

² Derivada del título de constitución, y en su defecto, del contenido de los artículos del Código civil (art. 523 CC).

³ Que se definía en el artículo 524 del Código civil como: [...] *La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*.

⁴ Artículo 525 del Código civil: *Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*.

⁵ Artículo 527 del Código civil: *Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si solo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquel lo que falte*.

⁶ Con aplicación de las normas del usufructo en lo no dispuesto en el propio Código civil con carácter especial (art. 528 CC): *Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo*.

⁷ Ya que le resultan aplicables las normas de duración del usufructo contenidas en los artículos 515 y siguientes del Código civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 518 del Código civil. SAP Madrid (Sección 20.ª) de 22 de febrero de 1999: TERCERO.— (...) *Constituyendo como características esenciales del mismo, la gratuidad (art. 527 CC), la intransmisibilidad (art. 525 del mismo Cuerpo Legal) y la temporalidad (por su remisión en el art. 528 al derecho de usufructo)*.

⁸ Por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la habitación (art. 529 CC): *Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación*.

⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *El Código civil y sus reformas... op. cit.* 252.

¹⁰ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

¹¹ QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (2001). Breve reflexión acerca de la utilidad del derecho de habitación en el siglo XXI. *Derecho com* [En línea], disponible en <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/15/breve-reflexi-n-acerca-de-la-utilidad-del-derecho-de-habitación-en-el-siglo-XXI>.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Artículo 822 del Código civil: *La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.*

¹⁵ Artículo 1406 del Código civil: *Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2.º La explotación económica que gestione efectivamente. 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual. Artículo 1407 del Código civil: En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero.*

¹⁶ MONASTERIO AZPIRI, I. (2005). La familia en Bizkaia y su régimen jurídico. *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 5, 31-63.

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2016). *Usufructo, uso y habitación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 512 y CORRAL GARCÍA, E. (2007). *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*. Barcelona: Editorial Bosch, 209-222.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2016). *Usufructo, uso y habitación... op. cit.* 474.

¹⁹ BIZKAIKO FORU LEGERIA/LEGISLACIÓN FORAL DE BIZKAIA [Recopilado por la Sección de Derecho Civil Foral del Instituto de Estudios Vascos]. (1991) Bilbao: Bizkaiko Foru Aldundia. Diputación Foral de Bizkaia.

²⁰ NAVAJAS LAPORTE, A. (1975). *La ordenación consuetudinaria del caserío en Gipuzkoa*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho.

²¹ URIARTE LEBARIO, L.M. (1912). *El Fuero de Ayala*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M.G. Hernández, y GALINDEZ, J. de. (1957). *La Tierra de Ayala y su fuero*. Buenos Aires: Editorial vasca Ekin, S.R.L.

²² ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas. Aranzadi. La autora se inclina por la configuración de este derecho como un derecho de naturaleza más familiar que sucesoria y BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte tercera. Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja. En M. Garrido Melero (coord.). *Sucesiones. Las atribuciones legales*. Tomo V, vol. 3.º (2005). Madrid: Consejo General del Notariado, Thomson, Civitas. Aranzadi, 995-1004.

²³ GIL RODRÍGUEZ, J. (2016). Capítulo XIV. La posición del viudo y del conviviente superéstite. En J. Gil Rodríguez (Dir.); G. Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho civil vasco* (2016). Barcelona: Atelier, 281.

²⁴ En la línea del legado *ex lege*, NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488 y NÚÑEZ MUNIZ, M.C. (2014). Acerca de la posibilidad de los «legados legales» en el Código civil con especial atención a la legítima, reflexiones críticas sobre doctrina y jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 1961-1983.

²⁵ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2019). *El derecho de predetracción. Bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*. Barcelona: Atelier, 57.

²⁶ GOMÁ LANZÓN, I. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo. En M. Garrido Melero (coord.). *Sucesiones. Las atribuciones legales*. Tomo V, vol. 3.º (2005). Madrid: Consejo General del Notariado, Thomson, Civitas, 808 y BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte tercera. Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja... *op. cit.*, 806-814.

²⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, tomo III, 6 y 658. 806-814. Sobre la concepción clásica de las *mortis causa capiones*, cfr. ARIAS BONET, J. A. (1950). *Mortis causa capiones*. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 20, 781-800.

²⁸ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2019). *El derecho de predetracción... op. cit.* 64.

²⁹ RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile*. IX edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1092-1102.

³⁰ FALZONE CALVISI, M. G. (1993). *Il diritto di abitazione del coniuge superéstite*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 170.

³¹ DORAL GARCÍA, J.A. (1993). Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 109: *crear un statu quo familiar, que permita la distribución de bienes sin desdoro de su conservación y ajuste a la idea de explotación [...] están en juego tanto aspectos sucesorios como deberes efectivos de creación inmediata, de continuidad jurídica en la explotación de bienes, asentamiento familiar y pactos en materia de alimentos. En último término, la situación, real o práctica, que reclama una fijación jurídica se compone de un abigarrado complejo de instancias jurídicas.*

³² GARCÍA GARCÍA, J.M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. 8.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 68 y 382. En relación a su imposibilidad de hipotecar, se hace constar en esta última página las referencias a las figuras relativas al derecho de habitación de diferentes legislaciones civiles territoriales.

³³ *El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012. Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero [...] Se recogen modelos de títulos para inscribir este derecho de habitación en URRUTIA BADIOLA, A.M. (Dir./coord.) (2018). *Praxis de Derecho civil vasco*. Bilbao: Academia Vasca de Derecho. Editorial Gomylex.*

³⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2016). El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco. *Boletín JADO*, núm. 27, enero-diciembre de 2015-2016, 475-498.

³⁵ GAGO SIMARRO, C. (2019). Derechos «mortis causa» del cónyuge superéstite. En F. Capilla Roncero; M. Espejo Lerdo de Tejada; F.J. Aranguren Urriza (Dirs.); J.P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez (coords.) (2019). *Las legítimas y la libertad de*

testar. *Perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 519-550 y en especial 536-537: *Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que negar derechos sucesorios abintestato al conviviente supérstite parece de una crueldad difícilmente soportable si atendemos a la relación afectiva entre los miembros de la pareja al momento del fallecimiento. Estos autores entienden que la sucesión legal se basa en la presunta voluntad del causante de querer transmitir su patrimonio atendiendo a los afectos típicos del causante medio y, dentro de esta categoría, no puede negarse al conviviente supérstite no separado al momento del fallecimiento. Por ello, defienden la equiparación en la sucesión intestada del conviviente supérstite con el cónyuge viudo [...]*.

³⁶ ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (1999). *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*. Vitoria: Diputación Foral de Álava. Departamento de Cultura, 75. Se preocupa de la colisión existente entre lo dispuesto en el Título Preliminar del Código civil para los efectos del matrimonio y la libertad de testar de los ayaleses, cuando estos se hallan sujetos al régimen legal de gananciales, ya que, tal como señala este autor, *aquella libre disposición habrá de verse limitada por los derechos que este (Código civil) atribuye al cónyuge supérstite, traducidos en las cuotas usufructuarias sobre la herencia del premuerto contempladas en los artículos 834, 837 y 838*. De todo lo anterior deduce este autor las limitaciones de la libertad de testar que se producirían para el ayalés en la constitución de un usufructo poderoso en favor de persona distinta al cónyuge viudo, ya que, en todo caso, habría que respetar los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

³⁷ Con crítica por su carácter imperativo, frente a la tradicional libertad de testar ayalesa de GIL RODRÍGUEZ, J. (2016). Capítulo XIV. La posición del viudo y del conviviente supérstite... *op. cit.* 286. Sin embargo, estudiando las instituciones de Ayala de forma extensa y, entre ellas el usufructo poderoso, señala ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (1999). *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala... op. cit.*, el carácter preferentemente familiar y sucesorio de este tipo de instituciones en las cuales se incardina sin violencia el derecho de habitación del artículo 54 LDCV. Así y refiriéndose a la utilización tradicional del usufructo poderoso en Ayala subraya dicho carácter, 51.

³⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2016). El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco... *op. cit.* 486.

³⁹ A los efectos de entender la expresión *cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*, hay que tener en cuenta lo señalado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015: *Disposición adicional primera. Referencias contenidas en la legislación... 2. Las referencias que figuren en normas de fecha anterior a esta Ley a separación o divorcio judicial se entenderán hechas a separación o divorcio legal. En el mismo sentido las referencias existentes a «separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» deberán entenderse a la separación notarial...*

⁴⁰ BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte tercera. Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja... *op. cit.*, 995-1004.

⁴¹ Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia civil y la mutabilidad de sus criterios cfr. GARCÍA RUBIO, M.P. (2019). Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. VI, núm. 4, 1-43 disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

⁴² *Entre estos medios de prueba adquiere especial relevancia la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral, al disponer que el Gobierno de Navarra y los ayuntamientos podrán crear tales registros «para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución». En tanto tales parejas se acojan libremente a la previsión de la Ley, nada puede objetarse. Conclusión que no empece que puedan declararse inconstitucionales los preceptos de la Ley que por su*

naturaleza imperativa prescinden de la exigencia de verificación de la asunción voluntaria de sus efectos por los miembros de la pareja [...] En consecuencia, hemos de concluir que la regulación discutida responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 CE.

⁴³ ASUA GONZÁLEZ, C.I. (2015). La STC 93/2013, de 23 de mayo, y la regulación del régimen interno de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 45-47. En dicho texto y en lo relativo al régimen sucesorio, la autora se muestra partidaria de la posición del Tribunal Constitucional y, por lo tanto, contraria al reconocimiento de este derecho de habitación establecido en el artículo 54 LDCV. Sin embargo, la misma autora reconoce posteriormente en Capítulo XII. Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia. En J. Gil Rodríguez (Dir.); G. Galicia Aizpurua (coord.). *Manual de Derecho civil vasco... op. cit.* 256, que a tenor de lo establecido en la STC 110/2016, de 9 de junio, cabe dudar de que el principio del libre desarrollo de la personalidad no se vulnera al aplicarse un régimen legal cuando las parejas han tenido que expresar su previa voluntad de constituirse como tal. La extrapolación de este argumento, que es de compartir, supondría entonces que la legislación civil vasca sobre parejas no matrimoniales resulta respetuosa con el artículo 10.1 CE. En definitiva, parece inclinarse por la tesis de la admisibilidad de los derechos sucesorios a favor del miembro superviviente de la pareja de hecho.

⁴⁴ STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013, FJ6: *En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir esta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes». Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en cuanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos...*

⁴⁵ STC 110/2016, de 9 de junio de 2016, BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016, FJ8.: *Sin embargo, en el ámbito de la ley valenciana de uniones de hecho formalizadas, para que se produzca la mencionada equiparación con el régimen de los matrimonios, las parejas han tenido que expresar su previa voluntad de constituirse como tal unión de hecho formalizada e inscribirse como tal en el registro administrativo previsto en el artículo 3 de la Ley 5/2012, ya declarado conforme con la Constitución en el precedente fundamento jurídico 7 b), apartado (iii) precisamente para facilitar la aplicación del régimen jurídico que dentro de sus competencias pueda establecer la comunidad autónoma. Esta diferencia con el régimen de la Ley Foral de Navarra examinada en la STC 93/2013 hace que en este caso no se produzca la vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad denunciada por el Abogado del Estado, en la medida en que las parejas que cumplan los requisitos previstos en la Ley 5/2012 pueden optar libre y voluntariamente entre adscribirse al régimen de la mencionada Ley 5/2012 (con los efectos que ello conlleva entre los que se encuentra la equiparación en materia de tributos autonómicos) o no hacerlo, permaneciendo entonces al margen de la Ley de Uniones de hecho formalizadas también a efectos tributarios. Puede verse también en el mismo sentido, la STC 81/2013, de 11 de abril de 2013, BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013, en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, especialmente en su FJ4 y 5.*

⁴⁶ URRUTIA BADIOLA, A. e IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2018). La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco. *Bitácora Millennium*, [En línea], núm. 7, disponible en www.millenniumdipr.com.

⁴⁷ NANCLARES VALLE, J. (2015). Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho. *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 750, 1891. Véanse también, MARTÍN-CASALS, M. (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? *InDret* [En línea], núm. 3, 1-43, disponible en <https://indret.com/el-derecho-a-la-convivencia-anomica-en-pareja-un-nuevo-derecho-fundamental/>, 35. En una línea también crítica, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2015). La situación actual de las parejas no casadas. *InDret* [En línea], núm. 3, 1-46, disponible en <https://indret.com/la-situacion-actual-de-las-parejas-no-casadas/>, 33.

⁴⁸ STC 93/2013, de 23 de abril de 2013, BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2013., FJ14. En este sentido, MAS BADIÁ, M. D. (2017). El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes civiles. Especial referencia a las valencianas. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 317-386.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2016). El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco..., *op. cit.* 489.

⁵⁰ BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 1965, que sintetiza de esta forma su naturaleza: *La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o habitación. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna concepción de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia.*

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BERROCAL LANZAROT, A.I. (2017). Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar... *op. cit.*, 1966. Véase SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2003: PRIMERO.- [...] *Acudiendo en este caso al título constitutivo, el testamento en el que se contiene el legado, el hecho de que en el mismo se indique que se lega el derecho de habitación «sobre la vivienda» no implica sin más que ese derecho de habitar se extienda a la totalidad de su superficie porque lo que se deduce de su tenor literal es que el derecho en cuestión se aplicará a dicha vivienda o lo que es lo mismo, se ejercitará en ella, pero no determina ni especifica con qué alcance y en qué extensión, motivo por el cual, y ante la falta de regulación de las facultades del habitacionista, se ha de acudir a la normativa legal antes indicada [...] No se puede pretender que se presuma que el derecho de habitación alcanza a toda ella [...] si algo se ha de presumir es que ese derecho se encuentra limitado con respecto a la vivienda sobre la que recae y que comprende tan solo la facultad de ocupar las partes de la misma que sean necesarias y no todas, requiriéndose para que podamos entenderlo referido a la totalidad de la vivienda, que así se establezca de forma expresa y clara [...].*

⁵³ Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, BOE núm. 119, de 26 de junio de 2015, artículo 65. Derechos de tanteo y retracto: (...) 4 *No podrán ejercitarse los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones gratuitas a favor de descendientes, ascendientes, cónyuges o parejas registradas como parejas de hecho, salvo que la vivienda no vaya destinada a residencia habitual y permanente de su destinatario o destinataria o que su capacidad económica o situación patrimonial sea manifiestamente desproporcionada respecto a la exigida para el acceso a la adjudicación de una vivienda protegida. La cesión de la vivienda y sus anejos a la sociedad de gananciales del matrimonio o pareja de hecho debidamente registrada y la adjudicación de la vivienda y anejos a uno de los integrantes del matrimonio o pareja por disolución de la sociedad de gananciales también quedan exceptuadas de los derechos de tanteo y retracto, no considerándose transmisión a los efectos de la aplicación del derecho de adquisición preferente.*

⁵⁴ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Determinación del derecho de habitación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2648.

⁵⁵ URRUTIA BADIOLA, A. M. (2016). Capítulo II. De las limitaciones a la libertad de testar. Sección Primera. De la legítima (arts. 47 a 57). Del cálculo de la herencia y pago de las legítimas (arts. 58 a 60). En A. M. Urrutia Badiola (Dir./coord.) (2016).

La Ley 15/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial. Bilbao: Academia Vasca de Derecho. Dykinson, 83-96.

⁵⁶ En contraposición, GALICIA AIZPURUA, G. (2016). Capítulo L. La sucesión forzosa en el País Vasco. En M. C. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de Derecho de sucesiones*, tomo II, 2.^a edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 714-721.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2016). El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho Civil Vasco... *op. cit.*, 480-481.

⁵⁸ Como criterio para su valoración, pueden citarse los artículos 22 y 44 de la Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Bizkaia (BOB 1 de abril).

⁵⁹ Cfr. por todos, IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales. *Actualidad Civil*, núm. 6, 30-43 y en especial 38-41, en donde se describen las dos tesis que al respecto han circulado en la doctrina, la denominada *tesis amplia*, que señala que la ley que rige los efectos del matrimonio regula todas las atribuciones que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley, sean de carácter familiar o sucesorio, y la denominada *tesis restrictiva*, que considera que la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen en favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales de carácter sucesorio en favor de dicho viudo. Tras una época en la que se impuso la tesis restrictiva, tanto el Tribunal Supremo (STS de 28 de abril de 2014) como la DGRN (RDGRN de 29 de julio de 2015) se han inclinado por la tesis amplia, que plantea una problemática específica en el caso de la LDCV. Véase en lo relativo al Derecho civil navarro: ZABALO ESCUDERO, M.E. (1993). *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 200-217.

⁶⁰ IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales... *op. cit.*, 37.

⁶¹ SALVADOR CODERCH, P. (1984). La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas. *Anuario de Derecho civil*, fascículo 4, 975-1006.

⁶² RENTERÍA AROCENA, A. (2015). Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015. [En línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf>, p.44: *Tampoco las ventajas para-sucesorias o «mortis causa capiones» se rigen por la ley de la sucesión; se trata de derechos que se transmiten o nacen como consecuencia del fallecimiento de una persona pero que no integran la herencia del causante. [...] Se aplicará la ley rectora del fondo del asunto («lex causae») —ley aplicable al contrato de arrendamiento, al contrato de seguro, al régimen público de Seguridad Social, a la sociedad, al usufructo o a la compraventa-y no la ley sucesoria.*

⁶³ SALVADOR CODERCH, P. (1984). La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas... *op. cit.*, 998.

⁶⁴ MASIDE MIRANDA, J.E. (1989). *Legítima del cónyuge superviviente*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, 420-424.

⁶⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de sucesiones... op. cit.*, 6: *...son mortis causa capiones, así como en el País Vasco, el derecho atribuido por el artículo 110 de la Ley del Derecho Civil Foral de 1 de julio de 1992 al cónyuge viudo, que hubiera venido al caserío del premuerto, de continuar en él durante un año y un día, en*

la hipótesis de disolución del matrimonio sin hijos, si se regía aquel por la comunicación foral. Sobre ese artículo 110, véase: CELAYA IBARRA, A. (1997). Artículo 110. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dir.). *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*. Madrid: EDESA, 493-498.

⁶⁶ Véase nota 39.

⁶⁷ En relación a la convivencia *more uxorio* y en un supuesto equiparable a esta causa de extinción del derecho de habitación, como lo puede ser la causa de extinción del poder testatorio, véase: SAP Álava 672/2016 de 16 noviembre 2016.

⁶⁸ GARCÍA HERRERA, V. (2018). *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado*. Madrid: Dykinson, 151.

⁶⁹ *Ibidem*, 152.

⁷⁰ GARCÍA HERRERA, V. (2018). *El legado de habitación a favor del legitimario discapacitado...op. cit.*, 151. Véase en relación a este tema, SAP Segovia 119/1999, de 3 de mayo de 1999: *SEGUNDO.- [...] Los derechos reales de goce, en efecto, son susceptibles de extinguirse tanto por prescripción, que tendrá lugar por el no uso del derecho durante treinta años cuando se trate de bienes inmuebles [...]*.

⁷¹ BOPV, núm. 124, de 3 de julio de 2015.

⁷² *Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código.*

⁷³ RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile... op. cit.*, 1100-1101. Cita este autor, en el ámbito del Derecho comparado, las soluciones que se dan en el Derecho sucesorio escocés, inglés, austriaco, alemán y francés. En relación al Derecho comparado véase, BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2005). Atribuciones legales (legítimas, los derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte tercera. Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja... *op. cit.*, 651-652.

⁷⁴ RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile... op. cit.*, 1092.

⁷⁵ RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile... op. cit.*, 1093. GENGHINI, L.; CARBONE, C. (2015). *Le successioni per causa di morte*. Tomo primo. Milano: Cedam, 568-569. En torno a la regulación italiana y más especialmente sobre el derecho de habitación sobre la vivienda conyugal atribuida al cónyuge viudo y su naturaleza jurídica y efectos, cfr.: MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, C. (1998). *La situación del cónyuge viudo en el Derecho civil foral de Bizkaia*. Bilbao: Universidad de Deusto. Diputación Foral de Bizkaia, 45-56 y en especial 51-55. En esta última obra se recogen diversas aportaciones doctrinales sobre este derecho de habitación.

⁷⁶ GALGANO, F. (2015). *Tratato di Diritto civile*. Volume primo, terza edizione aggiornata a cura di Nadia Zorzi Galgano. Padova: Cedam. Wolters Kluwer, 850: *a) al coniuge è riservata la metà del patrimonio, che si riduce ad un terzo o ad un quarto se il coniuge concorre con un figlio o più di un figlio, oltre al diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare (art. 540), il cui valore graverà sulla disponibile.*

⁷⁷ FALZONE CALVISI, M.G. (1993). *Il diritto de abitazione del coniuge superstite... op. cit.*, 170: *Si può allora concludere che dil contenuto del diritto di abitazione mortis causa non si identifica, per l'assenza di ogni limitazione e per la diversa funzione, col diritto dell'habitator*. Cfr. Igualmente RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile... op. cit.*, 193.

⁷⁸ GENGHINI, L.; CARBONE, C. (2015). *Le successioni per causa di morte... op. cit.*, tomo secondo, 811-812. RESCIGNO, P. (ed.) (2014). *Codice Civile... op. cit.*, 1173-1175. Rescigno señala en relación a la categoría de los legitimarios en la sucesión *mortis causa* lo que dispone el artículo 565 del Codice civile que no incluye en la categoría de legitimarios al convivientes *more uxorio*.

⁷⁹ MALAURIE, P.; BRENNER, C. (2014). *Les successions. Les libéralités*. 6.^a édition. Issy-les Moulineaux : Lextenso éditions, LGDJ, 73 y HUGOT, J. y PILLEBOUT, J.-F. (2005). *Les droits du conjoint survivant*. 2.^e édition, Paris : Lexis Nexis, Litec, 173.

⁸⁰ MALAURIE, P.; BRENNER, C. (2014). *Les successions. Les libéralités... op. cit.*, 74.

⁸¹ Cfr. por todos IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales... *op. cit.*, 30-43.

⁸² FONTANELLAS MORELL, J.M. (2010). *La professio iuris sucesoria*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

⁸³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2017). La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. IV, núm. 3, 35-62, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> y BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2002). Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges y convivientes. *La Notaria*, núm. 4, 59-77.

⁸⁴ RDGRN de 24 de mayo de 2019 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019) FD 7 y RDGSJFP de 10 de agosto de 2020 (BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020). La solución adoptada es criticada por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2019). ¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. *La Ley Unión Europea*, núm. 74. En relación a la RDGRN de 24 de mayo de 2019, MARTÍN ROMERO, J.C. (2019). Comentarios al hilo de la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. ¿Necesidad de reforma del Derecho interregional español? *El Notario del siglo XXI*, núm. 86, 158-162.

⁸⁵ Con una orientación distinta, la RDGRN de 24 de julio de 2019 (BOE núm. 231 de 25 de septiembre de 2019), ya citada y la SAP Palma de Mallorca 529/2020 (Sección 3.^a) de 30 de diciembre de 2020.

⁸⁶ ÁZCARRAGA MONZONIS, C. (2015). Artículo 23. Ámbito de la ley aplicable. En: J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (Dirs.). *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 166-171. Siguiendo esa línea discursiva: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granada: Editorial Comares, 174 y sigs.

⁸⁷ STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, Kubicka.

⁸⁸ BONOMI, A. y WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Cizur Menor (Navarra) Reuters. Aranzadi, 407.

⁸⁹ ESPÍNEIRA SOTO, I. (2015). Artículo 30. Disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes. En J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (Dirs.). *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 257. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N.º 650/2012*. Cizur Menor (Navarra): Reuters. Aranzadi, 235 y RENTERIA AROCENA, A. (2016). La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: Los conflictos de leyes y el Certificado sucesorio. En *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria: Parlamento Vasco, 189-236 y en especial, 227-228: *Por lo expuesto, no será posible una aplicación singular del artículo 54 de la Ley 5/2015 —que reserva el derecho de habitación en la vivienda familiar al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital, no tenga un hijo no matrimonial ni constituya una nueva pareja de hecho— cuando una sucesión «mortis causa» esté sometida, con carácter general, al imperio de una ley extranjera. No concurre, a mi juicio, el elemento de excepcionalidad respecto a la ley rectora de la sucesión «mortis causa» que es requisito necesario para la aplicación del artículo 30 del Reglamento 650/2012.*

⁹⁰ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2015). Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, [En línea], vol. 7, núm. 1, 256-268, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016) *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N.º 650/2012... op. cit.*, 227. Esta autora cita en la misma línea la STS de 16 de marzo de 2016 confirmatoria de este criterio.

⁹¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico.... op. cit.*, 202-203.

⁹² Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) N.º 650/2012. El texto de los formularios se halla recogido por: IRIARTE ÁNGEL, F.B. En A. M. Urrutia Badiola (Dir./coord.) (2018). *Praxis de Derecho civil vasco... op. cit.*, 525-591.

⁹³ SERRANO GARCÍA, J. A. (2018). *El Derecho civil aragonés en el contexto español y europeo*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 272-273.

*Trabajo recibido el 1-4-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La cesión de viviendas turísticas por habitaciones: situación legal en España y propuestas razonables*

The transfer of tourist apartments by rooms: legal situation in Spain and reasonable proposals

por

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ
*Profesor titular de Universidad de Derecho civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: El ámbito de las viviendas turísticas es, en España, polémico, debido a múltiples factores. No es el menor de ellos el de la fragmentación legal existente al respecto, con abundante regulación autonómica no siempre armónica. Dentro de este ya de por sí complejo ámbito, la cesión de dichas viviendas por habitaciones es una posibilidad que merece ser atendida, como producto turístico interesante a la hora de formalizar los contratos.

En la investigación que resumimos se pretende estudiar qué establecen esas regulaciones diversas al respecto, cómo se han pronunciado nuestros tribunales, en su caso, así como si el propio contrato tiene entidad y merece ser aceptado por las normas, de cara a que los particulares puedan celebrarlo.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de investigación permanente de la Junta de Andalucía SEJ-325 (Derecho de la Actividad Turística), y cuyo responsable es Antonio GÁLVEZ CRIADO.

ABSTRACT: The ambit of tourist apartments is, in Spain, a controversial ambit, because of multiple reasons. Not the least of them is the legal fragmentation in Spain, with abundant autonomic regulations, not always harmonious. In this complex area, the transfer of these apartments by rooms is a possibility that deserves to be addressed, as an interesting tourist product.

This paper pretends to study what these various regulations establish in this question, how our courts have ruled, as well as whether the contract itself has entity and deserves to be accepted by the Law, so that individuals can celebrate it.

PALABRAS CLAVE: Vivienda turística. Arrendamiento urbano. Habitación. Servicios.

KEY WORDS: Tourist apartment. Lease. Room. Services

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO ESPAÑOL: REGULACIONES AUTONÓMICAS DE INTERÉS: 1. ANDALUCÍA. 2. PAÍS VASCO. 3. ASTURIAS. 4. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (I); CANARIAS. 5. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (II); CASTILLA Y LEÓN. 6. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (III); GALICIA. 7. COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE NO ADMITEN LA CESIÓN POR HABITACIONES.—III. EL CONTRATO DE CESIÓN POR HABITACIONES: PROPUESTAS PERSONALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS EN EL TRABAJO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es un tópico defender que la vida suele ir por delante del Derecho. Y tampoco es algo que deba parecernos incorrecto, en la medida en la que las normas tienen pretensiones de eficacia social organizadora, y ante nuevas necesidades y nuevos problemas, deben diseñarse nuevas regulaciones y soluciones. Pero hay situaciones en las que el retraso del Derecho o el desorden legal exceden de lo normal, y acaban produciéndose situaciones especialmente necesitadas de regulación clarificadora. El caso de las viviendas turísticas es uno de ellos. Como apunta ORTEGA BONITO, ha sido

«objeto de atención desde diversos sectores del ordenamiento y por diferentes administraciones, generando un marasmo de soluciones no siempre coincidentes»¹, y han crecido con fortaleza gracias a las plataformas de economía colaborativa² (y ello pese a la actitud generalmente *restrictiva y desconfiada* de los poderes públicos³). Definía NUÑEZ IGLESIAS el contrato de alojamiento, en general, como «todo contrato por el que se cede el uso de una unidad de alojamiento (vivienda, habitación) a un viajero o turista por un precio, y por unidades de tiempo muy cortas: días, semanas o meses, siempre muy por debajo del año, por lo que no sirve para cubrir la necesidad permanente de vivienda»⁴.

Y dentro del fenómeno en sí, no siempre pacífico ya en su conjunto⁵, hay un caso que todavía resulta más polémico, desde el punto de vista conceptual y en la práctica: ¿qué sucede con el posible alquiler de habitaciones turísticas? ¿Cabe una única solución legal, o podrían ser válidas más de una? ¿Estamos, como planteaban COBOS, MALLO y SILVESTRE, ante una situación alegal, ante la falta de previsiones normativas al respecto (esto hoy es incorrecto, aunque ellos se centraban en el caso catalán en aquel momento) o ilegal, directamente?⁶ ¿O, por el contrario, debe ser algo perfectamente legal, y habrá que plantearse de qué modo debe regularse, en este caso?

Encontramos interesantes opiniones doctrinales sobre el tema, así como diversos puntos de vista prácticos, dignos de mención, tales como el de la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia de 15 de noviembre de 2017, que consideró que esta posibilidad estaba vetada por el artículo 5.e de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (que excluye el contrato de arrendamiento de uso turístico del ámbito de la LAU), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de marzo de 2017, que entendió que esta posibilidad no solo no es contraria a la ley sino que prohibirla vulnera la libre oferta de servicios y la libre competencia⁷ y otras sugerentes resoluciones que repasaremos en su momento, o con regulaciones autonómicas como la vasca y la andaluza, que lo han permitido expresamente, aunque con diferentes contenidos (a diferencia de la mayoría de regulaciones autonómicas existentes). Para GUILLÉN NAVARRO, esta situación implica que es clara la libertad en la regulación, «rompiendo con ello la barrera que parecía estar impuesta a través de la interpretación del artículo 5.e LAU»⁸.

Apunta DOMÍNGUEZ LUENGO que cada vez existe una mayor publicación del Derecho privado aplicable a esta relación, y cómo la mayoría de regulaciones autonómicas prohíbe el alquiler por habitaciones⁹ (como repasaremos en su momento). Añade este autor que «creo que no existen razones de interés general que puedan justificar la prohibición de ceder habitaciones (como se mantiene en la STJ Islas Canarias de 21 de marzo

de 2017), sino que parece más bien obedecer a la defensa de los intereses particulares de los establecimientos hoteleros tradicionales»¹⁰ (algo que contrasta con la legislación de numerosos países europeos y con las propias plataformas virtuales que sirven de soporte para la publicidad de estos productos). Hay quien, incluso, defiende la necesidad de una regulación estatal especial y unitaria, como DÍAZ VALES¹¹ (opinión que nos resulta atrevida, cuando menos, después de la STS de 14 de diciembre de 2010¹²).

En todo caso, es imprescindible reflexionar sobre la posible validez de este contrato y, si se defiende la misma, parece necesario distinguirlo del alquiler de habitaciones de piso o vivienda arrendada (o, incluso, alquiler de habitación al propio propietario) compartiendo espacios comunes, para satisfacer la necesidad permanente de vivienda, general, finalidad que no existe en el caso que nos interesa¹³. Es preciso, si consideramos la necesidad de su plena operatividad, atender a la naturaleza jurídica del contrato, así como al régimen jurídico por el que debe regirse.

En el trabajo que iniciamos vamos a repasar cómo se ha regulado esta cuestión en Derecho español, en las diferentes comunidades autónomas (así como el tratamiento que ha recibido en diversas sentencias especialmente relevantes de nuestros tribunales¹⁴), y terminaremos por ocuparnos del contrato en sí: su posible operatividad, naturaleza jurídica y regulación efectiva.

II. DERECHO ESPAÑOL: REGULACIONES AUTONÓMICAS DE INTERÉS

Aunque no sea un fenómeno exclusivamente español (existe interesante tratamiento comparado especialmente sugerente, sobre posible cesión de habitaciones)¹⁵, nos parece imprescindible aclarar cómo se regula la cuestión en Derecho español. Comprobaremos que no es sencillo de determinar, dada la fragmentación legal existente.

Como expusiera DÍAZ VALES, el régimen regulador de las relaciones entre los intervinientes en el contrato de cesión de alojamiento turístico, sea del modo que sea, en nuestro país «adolece de una tremenda imprecisión en perjuicio de la necesaria seguridad jurídica»¹⁶. El artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tras la reforma del Real Decreto Ley 7/2019, excluye del ámbito de aplicación de la LAU, «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística», pero no dota de regulación a la misma, ni remite a ninguna norma reguladora (simplemente parte de la base de que

esta existe, y conectada con el ámbito turístico)¹⁷. Esta situación de falta de regulación general estatal sobre un fenómeno en crecimiento, provoca que se aprueben bastantes normas autonómicas, en ocasiones de discutida constitucionalidad (ante la falta de competencia autonómica en materia de legislación civil)¹⁸, de carácter esencialmente administrativo¹⁹ y con regulaciones de lo más heterogéneas (con diferente grado de intervención en la relación, aunque exista una serie de cuestiones razonablemente pacíficas y comunes²⁰, e incluso con denominaciones bastante heterogéneas)²¹. CARRASCO PERERA se refería a estas regulaciones como a «un conjunto de reglamentaciones aisladas de las CCAA sobre arrendamientos turísticos, que no contienen un régimen jurídico civil»²².

Y, sin adentrarnos con profundidad en las diferentes regulaciones, no cabe duda de que una de las cuestiones polémicas de las mismas es la admisibilidad o no del alquiler por habitaciones, como hemos apuntado anteriormente²³. Ya que es la cuestión que nos ocupa en las presentes líneas, repasemos qué establecen al respecto estas normativas existentes. Comenzaremos por ocuparnos de tres regulaciones que admiten abiertamente esa cesión de habitaciones, con diferentes disposiciones: las normativas andaluza, vasca y asturiana. A continuación nos ocuparemos de varias comunidades en las que los tribunales han influido de manera sensible en la regulación aprobada en ellas (Canarias, Castilla y León y Galicia). Por último, haremos un repaso general de las regulaciones restantes, que no admiten la cesión por habitaciones de la vivienda.

1. ANDALUCÍA

En Andalucía, el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos²⁴ admite expresamente el alquiler de habitaciones. Así, recoge en su artículo 5.1 dos tipos de viviendas con fines turísticos: a) en primer lugar, las viviendas completas, «cuando la vivienda se cede en su totalidad», y b) «por habitaciones, debiendo la persona propietaria residir en ella. En estos casos, podrán utilizar las denominaciones internacionalmente reconocidas para este tipo de alojamiento»²⁵. El apartado segundo completa que «la capacidad máxima de estas, vendrá limitada a lo dispuesto en la licencia de ocupación. En todo caso, cuando el uso de la vivienda sea completo no podrá ser superior a quince plazas y cuando el uso sea por habitaciones, no podrá superar las seis plazas, no pudiendo exceder en ambos tipos de cuatro plazas por habitación».

Por tanto, admite la posibilidad de que se alquile la vivienda por habitaciones, aunque debemos destacar diversas ideas sobre su régimen jurídico²⁶:

en primer lugar, el propietario debe residir en ella (esto conlleva que haya espacios comunes, compartidos por el propietario y los huéspedes, como serán cocina, cuarto de baño y lugar de descanso). En segundo lugar, en el caso que nos ocupa se podrán utilizar las denominaciones internacionalmente reconocidas para este tipo de alojamiento (entre otros, *Statistical Classification of Economic Activities in the European Community*, *Stanford International Classification of Tourism Activities* o en Norma ISO 18513:2003 *Hotels and other types of tourism accommodation. Terminology*). En tercer lugar, la capacidad máxima de ambas modalidades es distinta: partiendo de que la capacidad máxima vendrá limitada a lo dispuesto en la licencia de ocupación se establece que cuando el uso de la vivienda sea completo no podrá ser superior a quince plazas y cuando el uso sea por habitaciones, no podrá superar las seis plazas, no pudiendo exceder en ambos tipos de cuatro plazas por habitación (sin que influya la edad de los huéspedes, como sucede en otros casos). Por último, mientras que la vivienda cedida en su totalidad puede ser arrendada por cualquier persona con título suficiente para ello, en el caso de la cesión por habitaciones solamente puede hacerlo el propietario, único autorizado para residir en ella junto a los turistas.

2. PAÍS VASCO

En el País Vasco, la Ley 13/2016, de 18 de julio, de Turismo del País Vasco²⁷, en su artículo 36.1, clasifica a las empresas turísticas de alojamiento, según su objeto de explotación, en: a) Establecimientos de alojamiento. b) Viviendas para uso turístico. c) Habitaciones en viviendas particulares para uso turístico. Admite, por tanto, la posibilidad de tomar habitaciones en viviendas particulares como supuesto diferenciado, y las distingue de las viviendas para uso turístico. Mientras estas se regulan con detalle en el artículo 53, no menos atención se dedica a las habitaciones, en el extenso artículo 54. Este artículo, bajo el rótulo «El alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico», reparte su regulación en diez apartados. Conforme al primero, a fin de garantizar su debida promoción, la coordinación de su oferta y los derechos de las personas usuarias, el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares mediante precio, ofrecido por motivos vacacionales o turísticos, «estará sometido a la obligación de presentar, ante la Administración turística de Euskadi, una *declaración responsable* indicando su dedicación al tráfico turístico, derivándose de su incumplimiento las mismas consecuencias que las indicadas en el artículo 53.6» (esto es, la consideración de clandestinas)^{28, 29}. El apartado primero considera vivienda particular el lugar de residencia efectiva de la persona titular, e incluye dentro de este tipo de alojamiento los denominados «*bed*

and breakfast» y los «*bed and brekky*», entre otros. Conforme al artículo 54.2, las viviendas particulares en las que se comercialicen habitaciones para uso turístico «deberán cumplir con los requisitos en materia de infraestructuras, urbanismo, construcción y edificación, de seguridad, los relativos al medio ambiente, sanidad y consumo, higiene y salud laboral en cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, así como, en su caso, los exigidos por otra normativa que resulte de aplicación». Además, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta ley las habitaciones que se arrienden según lo establecido en la Ley 29/1994, de 29 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o normativa que la sustituya (art. 54.4), y el apartado sexto añade que se entenderá que hay «comercialización de habitaciones en viviendas particulares cuando no se pueda acreditar, de acuerdo con la normativa aplicable, que la contratación efectuada sea conforme a la legislación de arrendamientos urbanos». Conforme al apartado 7, «se presumirá habitualidad cuando se realice publicidad o comercialización de habitaciones por cualquier tipo de soporte, medio o canal de oferta turística o cuando se facilite alojamiento por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días, dos o más veces dentro del mismo año». Además, según el apartado 8, reglamentariamente se desarrollarán el régimen de funcionamiento y los requisitos y condiciones que deben cumplir las habitaciones en viviendas particulares para uso turístico, así como sus distintivos³⁰. Las habitaciones en viviendas particulares para uso turístico se deberán conservar en perfecto estado, «manteniendo los requisitos exigidos para su registro» (art. 54.9). Conforme al apartado 54.3, además, «una misma persona titular no podrá, en ningún caso, ofertar o comercializar habitaciones en más de una vivienda, en cuyo caso estos últimos alojamientos serán considerados como otros tipos de establecimientos»³¹, y el apartado 10 cierra la regulación con la posibilidad, para el órgano del Gobierno Vasco competente en materia de turismo, previo informe técnico, de «dispensar a las habitaciones de viviendas particulares para uso turístico del cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad cuando la adaptación no se pueda realizar debido a dificultades derivadas de la propia estructura del establecimiento o edificación»³².

3. ASTURIAS

En Asturias, pese a que el artículo 35 de la Ley del Principado 7/2001, de 22 de junio, de Turismo³³, para los apartamentos turísticos, alude a la cesión de todo el apartamento, en las viviendas vacacionales, reguladas en el artículo 42 (cuyo apartado segundo es claro: «En todo caso, se referirán solo al alojamiento íntegro y no por habitaciones, con la exclusión de pisos»),

se admite reglamentariamente que las denominadas «viviendas de uso turístico», categoría no citada en el artículo 31 de modo expreso, se contraten «íntegramente o por habitaciones sin necesidad de que el propietario de la vivienda resida en la misma»³⁴, en regulación que resulta sorprendente, aunque no ilegal (gracias a la cláusula abierta del artículo 31, que admite otros tipos de actividad de alojamiento turístico que se determinen reglamentariamente). En cualquier caso, resulta sorprendente (y criticable) que un aspecto tan esencial como la configuración de la relación pueda verse influida por una normativa de rango reglamentario, sin que exista soporte legal expreso más allá de una remisión genérica a posibles nuevas figuras.

4. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (I): CANARIAS

En Canarias, el artículo 2.a) del Decreto 113/2015, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma³⁵, define a las «viviendas vacacionales» como las «viviendas, que amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato y reuniendo los requisitos previstos en este Reglamento, son comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística, para ser cedidas temporalmente y en su totalidad a terceros, de forma habitual, con fines de alojamiento vacacional y a cambio de un precio». Pero el artículo 12.1 establecía expresamente que «*Las viviendas vacacionales deberán ser cedidas íntegramente a una única persona usuaria, que figurará como responsable en todo caso de la reserva realizada, y no se permitirá la cesión por habitaciones, existiendo prohibición de formalizar varios contratos al mismo tiempo respecto a la misma vivienda, no permitiéndose, por tanto, el uso compartido de la misma*».

Este último precepto fue declarado nulo por SSTSJ Canarias de 21 de marzo de 2017 y 5 de julio de 2017. Merece la pena dedicar atención a la primera de ellas, la Sentencia TSJ Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 41/2017, de 21 de marzo, que resuelve el recurso contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas Vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias³⁶ (no despierta tanto interés la Sentencia de 5 de julio de 2017, de idéntica Sección³⁷, por repetir, en lo que nos interesa, la misma argumentación que ahora expondremos, en su fundamento jurídico primero).

El penúltimo párrafo del *fundamento de derecho tercero*, aunque no se refiera a nuestra temática, es bastante gráfico en lo referente a la filosofía inspiradora general, que luego servirá para razonar con las cuestiones que nos interesan directamente: «El reglamento infringe claramente la *libertad*

de empresa (art. 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística *sin justificación suficiente*. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquellos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, *vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios*».

Será el fundamento de derecho sexto el que nos interese. Establece expresamente: «En cambio, sí debe prosperar la impugnación del artículo 12.1 (régimen de explotación) por el que se exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones. *Aquí la intervención administrativa en la calidad del producto no está justificada, y se vulnera la libre oferta de servicios. No hay razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, si el propietario desea ofrecerle este servicio. La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia*».

La cuestión no terminó aquí, pues esta Sentencia fue recurrida y dicho recurso fue resuelto por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) 15 de enero de 2019³⁸. Sentencia que merece nuestra atención, en este momento, por su relevancia. Su fundamento de derecho primero recuerda el *iter* procesal seguido, y el fundamento de derecho segundo, relativo al recurso de casación del Gobierno de Canarias, termina con un párrafo que nos interesa: «La comunidad autónoma de Canarias rechaza las precedentes argumentaciones, señalando, en síntesis y sin perjuicio de su extenso desarrollo en el escrito de interposición, tal y como se recogerá en los fundamentos de derecho cuarto y quinto: (i) (...); y (ii) considera que exigir que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no por habitaciones, viene impuesto por la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos».

El fundamento de derecho tercero es muy pedagógico, con respecto a nuestro tema: «El interés casacional objetivo consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 y 12.1 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas (art. 3.2) y que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente (art. 12.1) es o no *contraria* a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta *proporcionada* y está *suficientemente justificada su necesidad* por la salvaguarda de

alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y la eventual contradicción de la previsión contenida en el artículo 12.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el artículo 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos».

Será el fundamento de derecho quinto el que se ocupe de la cuestión que nos interesa, de modo detallado y descriptivo (con todas las opiniones posibles). Nos parecen especialmente interesantes las argumentaciones que se recuerdan, de un asunto equivalente en la comunidad de Castilla y León, como veremos. Son las que siguen:

«— La dición literal del precepto excluye la interpretación dada por el letrado de la Junta de Castilla y León ya que el precepto impugnado dice *«no permitiéndose la cesión por estancias»*, además la norma contiene supuestos que se excluyen de su ámbito de aplicación (art. 2.2) entre los que no se menciona el alquiler por estancias.

— La exclusión del alquiler de la vivienda por estancias no deriva del artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La LAU define el arrendamiento de vivienda como el que recae sobre una edificación habitable con la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Ese concepto de habitabilidad no puede predicarse del arrendamiento de vivienda cuyo objeto se ciñe a una dependencia o habitación, por lo que la jurisprudencia del orden civil ha declarado, reiteradamente, que al alquiler de habitación de una vivienda no le es aplicable la legislación especial arrendaticia (Sentencia AP de Ciudad Real de 14 de septiembre de 2017, recurso 211/2017, SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2017, y SAP de Valladolid sección 3.^a de 15 de diciembre de 2015, entre otras muchas). Es decir, la exclusión de la aplicación de la LAU dispuesta en su artículo 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite.

— En lo que respecta a la necesidad de la medida y su proporcionalidad y siempre en relación con la protección del consumidor o usuario turístico, no se aprecian razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, por lo que no se estima que este límite al desarrollo de la actividad esté justificado, debiendo estimarse el recurso en este punto».

Continúa recordando cómo sostiene el abogado del Estado que, como acertadamente se razona en la sentencia citada, la Ley de Arrendamientos Urbanos define el arrendamiento de vivienda como el que recae sobre una edificación habitable con la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de

vivienda del arrendatario. «Dicho concepto de habitabilidad no puede predicarse del arrendamiento de vivienda cuyo objeto se ciñe a una dependencia o habitación, por lo que la jurisprudencia del orden civil ha declarado, reiteradamente, que al alquiler de habitación de una vivienda no le es aplicable la legislación especial arrendaticia, de modo que la exclusión del artículo 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite. Sencillamente la Ley de Arrendamientos Urbanos no se aplica al alquiler por estancias que se sujeta a lo pactado y, supletoriamente, a lo dispuesto en el del Código civil». Por eso, continúa, no existe una prohibición en la norma estatal que pueda servir de base para la prohibición recogida en el artículo 12.1 del Reglamento de viviendas vacacionales de Canarias. «En conclusión, se trata de una medida contraria a los principios de regulación recogidos en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en particular de los principios de necesidad y proporcionalidad. / Constituye, a su juicio, una restricción absoluta (o prohibición) al ejercicio de una actividad económica contraria al artículo 5.1 de la Ley 20/2013. No consta motivación alguna de su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, análisis de causalidad o idoneidad con el fin perseguido».

La decisión de la Sala resulta de lo más pedagógica y razonable, a la hora de desestimar el motivo de impugnación:

«1. En efecto, la comunidad autónoma recurrente argumenta, en primer término, que la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida en la legislación estatal, en particular en el artículo 5.e), introducido en esta en virtud de la Ley 4/2013, por lo que la sentencia impugnada ha infringido este precepto y ha vulnerado el principio de legalidad (art. 9 CE) y el sistema de fuentes establecido.

No podemos compartir este argumento, pues los términos en que se expresa el citado apartado de la Ley 29/1994, que antes quedó transcrito, no permiten avalar dicha conclusión. Dicha ley se limita en dicho apartado a excluir de su ámbito de aplicación la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda —en la que concurren, además, los requisitos que precisa—, pero *de ello no puede deducirse la conclusión de que la Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe la cesión temporal de habitaciones o estancias de una vivienda*. Lo único que cabe inferir de esa redacción es, simplemente, que aquellas cesiones (de la totalidad de la vivienda) no quedarían sometidas al régimen jurídico establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. *En consecuencia, no cabe sostener, como pretende la recurrente, que la sentencia impugnada haya violentado una prohibición legal establecida en el artículo 5.e), porque tal prohibición no existe y, por ende, tampoco ha incurrido la sentencia en la infracción del principio de legalidad que aquella parte asociaba a la mencionada vulneración legal*.

2. En segundo lugar, afirma la recurrente que el arrendamiento de viviendas vacacionales ofertadas a través de canales turísticos, por habitaciones, desvirtuaría la propia naturaleza jurídica de esta modalidad de alojamiento turístico, cuyo marco básico nos viene dado por el citado artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Esta alegación de la recurrente constituye, en realidad, una mera afirmación apodíctica, pues ninguna explicación aporta la recurrente para justificar tal conclusión. Adicionalmente, también debemos tener en cuenta que la recurrente aduce que el marco básico de esta modalidad de arrendamiento «nos viene dado por el artículo de la LAU», afirmación que, como hemos razonado en el apartado anterior, no podemos compartir.

Por todo ello, este segundo argumento también debe ser rechazado.

3. Y, en tercer lugar, invoca la recurrente razones de interés general para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, remitiéndose a lo anteriormente expuesto en su escrito y añadiendo otra razón, el interés general del orden público, toda vez que este tipo de alquiler en un edificio de viviendas residenciales perturba la convivencia entre el residente habitual y el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes.

Tampoco esta argumentación puede ser acogida por la Sala.

(i) En efecto, por un lado, *la remisión a las razones de interés general alegadas con anterioridad no es suficiente para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones.* (...)

(ii) Adicionalmente, cabe añadir que si, conforme a lo razonado, no se aprecia en este caso la concurrencia de razones de interés general que pudieran justificar la prohibición de alquilar viviendas vacacionales en zonas de uso residencial, esta conclusión —por lógica— debe ser predicable tanto del alquiler de la totalidad de la vivienda vacacional como del alquiler por habitaciones.

(iii) Y, en línea con lo expuesto, tampoco podemos acoger la alegación de la recurrente referida a la concurrencia de razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, fundada en que la coexistencia en un mismo edificio de viviendas residenciales y de viviendas vacacionales «perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes».

Así, en primer lugar, la recurrente no explica si tales razones de orden público, relativas a la *perturbación de la convivencia*, concurrirían solo en el supuesto de alquiler de la vivienda vacacional por habitaciones o si deberían afectar también a la cesión temporal de la totalidad de la vivienda vacacional.

Por otra parte, tampoco justifica la recurrente que esa hipotética perturbación de la convivencia debiera resultar, en todo caso, inevitable e in-

tolerable por exceder de las meras incomodidades que, de manera natural, comporta la vida compartida en el ámbito de una comunidad de vecinos.

Y, finalmente, tampoco ofrece la recurrente explicación alguna sobre el motivo por el que la prohibición propugnada por ella debiera considerarse como la única solución para evitar la indicada perturbación de la convivencia (en el caso de que esta se llegara a producir). En realidad, dicha parte ni siquiera ha mencionado la posibilidad de que esa eventual perturbación de la convivencia no pudiera ser corregida o neutralizada mediante la adopción de otro tipo de medidas que, pudiendo ser consideradas como remedio idóneo y proporcionado a tal fin, resultaran menos limitativas de la libertad de prestación de servicios.

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser rechazado».

Interesante resumen final se hace en el fundamento de derecho sexto, a la hora de fijar la doctrina jurisprudencial. Se declara lo siguiente: «1) El artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias es *incompatible* con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo: (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir —de forma directa— la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.

2) *Por las mismas razones, resulta incompatible la limitación establecida en el artículo 12.1 que impone la cesión íntegra a una única persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.*

Además anular esta limitación de la cesión por habitaciones no contradice la previsión del artículo 5.e) LAU.

En consecuencia, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias».

Por tanto, en Canarias, pese a que el artículo 2.a) del Decreto 113/2015 sigue aludiendo a que las viviendas vacacionales se ceden «en su totalidad», la nulidad del artículo 12 y la sólida motivación que la justifica, ya repasada, recomienda la necesidad de amoldar el citado artículo 2 a esta sensibilidad, así como de regular la posibilidad de que no se deba ceder en su totalidad, necesariamente, la vivienda turística, sino que sea posible la cesión de habitaciones. Todavía no se ha llevado a cabo.

5. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (II): CASTILLA Y LEÓN

El Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la comunidad de Castilla y León³⁹, alude en el apartado primero del artículo 3 a que las diversas clases de viviendas de uso turístico se ceden «temporalmente y en su totalidad a terceros». Es bastante gráfico: «Las viviendas de uso turístico son pisos, casas, bungalós, chalés u otros inmuebles análogos, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, que son comercializados o promocionados en canales de oferta turística para ser cedidos temporalmente y en su totalidad a terceros, de forma habitual, con fines de alojamiento turístico y a cambio de contraprestación económica». Originariamente existía un apartado segundo que se expresaba en estos términos: «Las viviendas de uso turístico constituyen una única unidad de alojamiento que se cede al completo, no permitiéndose la cesión por estancias», pero fue declarado nulo por Sentencia TSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 2 de febrero de 2018⁴⁰.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia consideró este precepto (entre otros), en su recurso, innecesario e injustificado. Tras una sugerente argumentación general sobre la libertad de empresa en el fundamento de derecho segundo, el fundamento de derecho octavo se ocupa expresamente del artículo 3.2 citado. «En la demanda se alega en contra de este precepto que la comunidad autónoma no tiene competencia para prohibir el alquiler parcial de una vivienda, pues el artículo 5 LAU excluye de su ámbito de aplicación únicamente la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, y que, en todo caso, la prohibición fijada en este precepto constituye una barrera de entrada al mercado no justificada en la norma. / La comunidad autónoma de Castilla y León mantiene que esta norma no prohíbe el alquiler por estancias sino que no se considera como una modalidad de alojamiento turístico, por lo que si está permitido por otra norma este alquiler puede realizarse. El alquiler por estancias no es alquiler sujeto al Decreto impugnado. El Decreto desarrolla la previsión del artículo 5 LAU, por lo que de acuerdo con la LAU, se regula el alojamiento denominado de viviendas de uso turístico». Considera el Tribunal que esta alegación de la demanda sí merece favorable acogida por las razones que expone a continuación, y que son, literalmente, las tres que siguen:

«— La dicción literal del precepto excluye la interpretación dada por el Letrado de la Junta de Castilla y León ya que el precepto impugnado dice «no permitiéndose la cesión por estancias», además la norma contiene supuestos que se excluyen de su ámbito de aplicación (art. 2.2) entre los que no se menciona el alquiler por estancias.

— *La exclusión del alquiler de la vivienda por estancias no deriva del artículo 5.e) LAU.* La LAU define el arrendamiento de vivienda como el que recae sobre una edificación habitable con la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Ese concepto de habitabilidad no puede predicarse del arrendamiento de vivienda cuyo objeto se ciñe a una dependencia o habitación, por lo que la jurisprudencia del orden civil ha declarado, reiteradamente, que al alquiler de habitación de una vivienda no le es aplicable la legislación especial arrendaticia (SAP Ciudad Real 14 de septiembre de 2017, recurso 211/2017, SAP de Madrid de 26/9/2017, y SAP Valladolid sección 3.^a del 15 de diciembre de 2015, entre otras muchas). Es decir, la exclusión de la aplicación de la LAU dispuesta en su artículo 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite.

— En lo que respecta a la *necesidad* de la medida y su *proporcionalidad* y siempre en relación con la protección del consumidor o usuario turístico, no se aprecian razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, por lo que no se estima que este límite al desarrollo de la actividad esté justificado, debiendo estimarse el recurso en este punto».

Por tanto, la situación legal es parecida a la que se vive en Canarias, ya citada: en este caso, aunque el apartado segundo del artículo 3 fue declarado nulo, el artículo 3.1 del Decreto 3/2017 sigue aludiendo a que las viviendas se cedan «en su totalidad» a terceros. Por tanto, existe también la necesidad de armonizar el citado artículo 3.1 con esta sensibilidad y de regular la posibilidad de que no se deba ceder necesariamente la vivienda turística en su totalidad. Como en Canarias, todavía no se ha llevado a cabo.

6. COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS QUE LAS REGULACIONES HAN SIDO AFECTADAS POR IMPORTANTES SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES (III): GALICIA

Después de que el artículo 3.1 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la comunidad autónoma de Galicia⁴¹ aludiera vagamente a que las edificaciones «estén destinadas *en su totalidad* al alojamiento turístico», la regulación esencial sobre la cuestión

que nos interesa se puede encontrar en los artículos 4.2 («la comercialización de la vivienda turística deberá consistir en la cesión temporal del uso y disfrute *de la totalidad de la vivienda*, por lo que no se permite la formalización de contratos por habitaciones o la coincidencia dentro de la vivienda de usuarios que formalicen distintos contratos») y 5.1 de dicha norma («son viviendas de uso turístico las cedidas a terceras personas, de manera reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de corta duración, amuebladas y equipadas en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características previstas en este decreto. La cesión de este tipo de viviendas será *de la totalidad de la vivienda*, sin que se permita la cesión por estancias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.e LAU»).

Ya los artículos 64, 65 y 65 bis de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia⁴² regulaban respectivamente con detalle los apartamentos turísticos («que estén destinados *en su totalidad* al alojamiento turístico»), las viviendas turísticas («2. La comercialización de la vivienda turística deberá consistir en la cesión temporal del uso y disfrute *de la totalidad* de la vivienda, por lo cual no se permite la formalización de contratos por habitaciones o la coincidencia dentro de la vivienda de usuarios que formalicen distintos contratos») y las «viviendas de uso turístico» («2. La comercialización de las viviendas de uso turístico previstas en el número 1 deberá consistir en la cesión temporal del uso y disfrute *de la totalidad de la vivienda*, sin que se puedan formalizar contratos por habitaciones ni coincidir dentro de la vivienda personas usuarias que formalicen diferentes contratos»).

Varias sentencias resultan de ineludible interés, a la hora de estudiar esta regulación. En primer lugar, la Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de noviembre de 2017, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia contra el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia⁴³.

El *fundamento de derecho segundo* de la misma enumera los fundamentos de la impugnación, y la parte que nos interesa es la que sigue: «La entidad recurrente, después de referir el proceso de elaboración de la disposición reglamentaria impugnada, fundamenta el recurso en un único motivo cual es que la norma vulnera el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia en el sector de los servicios de alojamiento resultando contraria tanto al artículo 38 CE, que establece el principio de libertad de empresa, como vulneradora del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contraviendo la Directiva 2006/126/CE de 12 de diciembre, y la Ley 17/2009 sobre el

libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, que establecen que cualquier limitación a la prestación de los servicios de alojamiento debe estar motivada por una imperiosa razón de interés general, justificando su adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida para el logro de los fines que persigue, que entiende no se justifica en el Decreto impugnado. / Por otra parte centra su impugnación en concretos apartados de la regulación que merecen ser destacados, porque han de ser tratados en los siguientes fundamentos, que son los siguientes: 1.º) La limitación a la posibilidad de cesión por habitaciones de la vivienda turística y la vivienda de uso turístico, establecida en los artículos 4.2 y 5.1 del Decreto, que entiende que no se justifica; (...) / Entiende que los aspectos del Decreto que denuncia suponen una elevación injustificada de los costes de entrada en el mercado de los servicios de alojamiento que desalienta a la participación, por lo que después de referir que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera la existencia de dicha vulneración y la Sentencia del TSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017 y transcribir parcialmente la del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016, termina interesando la declaración de nulidad de los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 9.1, 15 a 22, 23 a 26, 30.1, 39, 41.2.e) 4.º y 41.5 del Decreto 12/2017».

El letrado de la Xunta de Galicia se opone al recurso y a su argumentación, en general, en el *fundamento de derecho tercero*, y en los fundamentos de derecho posteriores argumenta contra cada cuestión concreta. Nos interesa el *fundamento de derecho cuarto*, relativo a nuestro objeto de estudio:

«— Por lo que se refiere a la limitación del alquiler de habitaciones en las viviendas turísticas y en las viviendas de uso turístico.

— Artículo 4.2. *La comercialización de la vivienda turística deberá consistir en la cesión temporal del uso y disfrute de la totalidad de la vivienda, por lo que no se permite la formalización de contratos por habitaciones o la coincidencia dentro de la vivienda de usuarios que formalicen distintos contratos.*

— Artículo 5.1. Son viviendas de uso turístico las cedidas a terceras personas, de manera reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de corta duración, amuebladas y equipadas en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características previstas en este decreto. La cesión de este tipo de viviendas será de la totalidad de la vivienda, sin que se permita la cesión por estancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

En relación con las viviendas turísticas la exigencia de su cesión completa viene impuesta por el artículo 65.2 de la Ley 7/2011 de Turismo de Galicia,

por lo que no puede entenderse que la norma impugnada resulte contraria al ordenamiento, cuando se ajusta a una previa previsión legal.

Lo mismo ocurre en relación con las viviendas de uso turístico, ya que se ampara en los criterios sentados por el artículo 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos para excluirlos y remitirlos a su regulación específica, cuando dice:

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial.

Por lo que se impone la desestimación de los motivos de impugnación de este precepto». La sentencia desestima el recurso interpuesto, interesándonos que acoja la argumentación indicada en el motivo citado, por lo que la vamos a estudiar a continuación.

Porque, para entender la regulación vigente en Galicia, es necesario tener en cuenta también la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) de 14 de febrero de 2018⁴⁴. El primero de los motivos del recurso, como se detalla en el fundamento de derecho segundo, era «la limitación a la posibilidad de cesión por habitaciones de la vivienda turística y la vivienda de uso turístico, establecida en los artículos 4.2 y 5.1 del Decreto (12/2017), que entiende que no se justifica», y el fundamento de derecho tercero de la sentencia se ocupa de este motivo y de su desestimación⁴⁵.

Esta sentencia fue recurrida en casación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración del Estado, por considerar que la normativa impugnada vulneraba la libertad de empresa, y la sentencia que lo resolvió fue la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) de 21 de octubre de 2019⁴⁶, que estimó en parte el recurso interpuesto. A nuestra cuestión dedicó el pedagógico y prolijo fundamento de derecho tercero («sobre la prohibición por habitaciones (arts. 4.2 y 5.1 del Decreto 12/2007»)). Comienza estableciendo que «Tiene razón el abogado del Estado en su impugnación de la previsión del artículo 5.1 del decreto, que califica como prohibición de cesión por habitaciones. El precepto se refiere en este caso solamente a las viviendas de uso turístico, aunque una previsión semejante para las viviendas turísticas se contiene en el artículo 4.2. Ambos preceptos están impugnados aunque en la parte expositiva el abogado del Estado solo se refiere al artículo 5.1 del Decreto». A continuación recuerda el texto de los dos preceptos, y recordaba cómo la sentencia de instancia desestimaba esta alegación, tal y

como acabamos de comprobar. Continúa insistiendo en cómo la cuestión ya la han examinado en relación con el régimen de los arrendamientos turísticos en Canarias (el mencionado fundamento de derecho quinto de la ya citada STS de 15 de febrero de 2019), para concluir que «debemos pues estimar el recurso en este punto y anular el artículo 4.2 y el segundo inciso del párrafo primero del artículo 5.1 del decreto («La cesión de este tipo de viviendas será de la totalidad de la vivienda, sin que se permita la cesión por estancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.e) LAU»), que contienen la referida previsión contraria a derecho.

Esta sentencia ha sido declarada nula por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019⁴⁷, cuyo fundamento de derecho único es muy gráfico a la hora de argumentar sobre los problemas planteados: «En el asunto de referencia esta Sala dictó Sentencia estimatoria el 21 de octubre de 2019. La Agencia de Turismo de Galicia y la Junta de Galicia han interpuesto incidente de nulidad de actuaciones al entender que en dicha sentencia se inaplica implícitamente el artículo 65.2 de la Ley de Turismo de Galicia—, lo que no sería posible, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita, sin plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad. / Tiene razón la parte demandada, ya que la sentencia dictada no se pronuncia sobre la aplicación o la validez del citado precepto de la Ley de Turismo de Galicia. En consecuencia, procede declarar la nulidad de la Sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2019. Y, a la vista de las alegaciones de la Agencia de Turismo de Galicia y la Junta de Galicia, se oye a las partes por plazo de quince días sobre los siguientes extremos:

— La posible inaplicación del artículo 65.2 de la Ley de Turismo de Galicia o, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por resultar el citado precepto contrario al derecho comunitario, en particular a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre libre prestación de servicios.

— El posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por alguna de las siguientes razones:

A. Por ser contrario el citado artículo 65.2 de la Ley gallega 7/2011 al bloque de constitucionalidad al conculcar legislación básica del Estado, en concreto la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

B. Por resultar contrario el referido precepto a la libertad de empresa garantizado por el artículo 38 de la Constitución»⁴⁸.

También resulta especialmente interesante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 1 de junio de 2020⁴⁹, que desestima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado y la CNMC contra la citada Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 14 de febrero de 2018. En su exhaustivo fundamento de derecho cuarto desvincula la cuestión de la LAU y, a diferencia de la situación canaria, la existencia del respaldo legal expreso en la Ley de Turismo de Galicia provoca que la decisión sea muy diferente. Acepta que «la regulación de requisitos y exigencias en una concreta actividad empresarial no es contraria a la libertad de empresa» y considera suficientemente justificada la posible restricción a la hora de no admitir la cesión de habitaciones. Resulta especialmente gráfico el último párrafo del fundamento citado, que se expresa en estos términos: «Por el contrario, en el presente supuesto entendemos que *la finalidad de la medida ofrecida por el legislador autonómico*, principalmente la mejor garantía de los derechos de los usuarios y el fomento de una oferta turística de calidad, en el contexto de las amplias posibilidades de alquiler por habitaciones que se admiten en otras modalidades de arrendamientos, tanto entre las tradicionales contempladas por la propia Ley, como fuera de la misma en contratos no sometidos a la regulación turística, *permiten entender que la exclusión del arrendamiento separado por habitaciones en las viviendas turísticas y de uso turístico es conforme a derecho*».

Por tanto, la situación legal era, hasta cierto punto, parecida a la que se vive en Canarias y Castilla y León, ya citadas. Aunque el Auto antes mencionado ponía en duda la constitucionalidad de varios artículos de la norma de rango legal, la última sentencia citada entiende que los preceptos de rango reglamentario en cuestión son perfectamente válidos, pues el soporte legal gallego es esencial a estos efectos (a diferencia de lo que sucedía en Canarias y Castilla y León). Pese a que los artículos de la norma reglamentaria fueron declarados nulos, dicha declaración fue revocada, y la última sentencia rechaza las serias dudas sobre la norma de rango legal (arts. 64, 65 y 65 bis), en la que se sigue aludiendo a que las viviendas se cedan «en su totalidad». Pese a este pronunciamiento, nos parece necesario reordenar la regulación y valorar la bondad y legalidad de la cesión de la vivienda por habitaciones, ya que los argumentos a favor son de extraordinario peso.

7. COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE NO ADMITEN LA CESIÓN POR HABITACIONES

En el resto de regulaciones autonómicas, de acuerdo con la sensibilidad todavía mayoritaria, no se admite la cesión por habitaciones de la

vivienda. Ya hemos comprobado cómo existen poderosas argumentaciones para defender la postura contraria, pero de momento en estas normas que repasaremos la regulación tiene el sentido contrario.

Así, por ejemplo, podríamos citar el artículo 221.1.3 del Decreto catalán 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña⁵⁰ (después de que el artículo 111.4.d defina lo que es «habitación», este precepto establece que «las viviendas de uso turístico se ceden *enteras y no se permite la cesión por estancias*»)⁵¹, el artículo 3 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón⁵² (bajo el rótulo «Cesión de uso», establece que «las viviendas de uso turístico deberán ser cedidas *al completo y no se permitirá la cesión por estancias*»), el artículo 2.2 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid⁵³ (modificado por Decreto 29/2019, de 9 de abril; dentro de las definiciones incluye la de «vivienda de uso turístico» en los siguientes términos: «tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellos pisos, estudios, apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser *cedidos en su totalidad* con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio») o el artículo 49 de la Ley 8/2012, del Turismo de las Illes Balears (que establece que «son empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas las personas físicas o jurídicas que comercializan turísticamente *la totalidad de una vivienda residencial*, por periodos de corta duración, en condiciones de uso inmediato y con finalidad lucrativa, comercialización que se puede alternar con el uso propiamente de vivienda que las caracteriza»)⁵⁴.

Siguiendo con otros casos, en Cantabria, el artículo 5 del Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria⁵⁵ no admite la utilización parcial de las diversas unidades de alojamiento turístico extrahotelero que diseña. En Castilla-La Mancha, el artículo 1.2.c) del Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha⁵⁶ excluye del ámbito de aplicación de la norma «la cesión por estancias o habitaciones de las viviendas de uso turístico reguladas por este decreto», y en el artículo 2.c establece que las viviendas de uso turístico serán «cedidas temporalmente y *en su totalidad* a terceros».

En Murcia, el artículo 25.2 de la Ley 12/2013, de 20 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia⁵⁷ establece que «a los efectos de esta ley, se entiende por unidad de explotación el sometimiento de la actividad de alojamiento turístico a una única titularidad empresarial. Las unidades de

alojamiento habrán de estar destinadas *en su totalidad* a la actividad turística a la que quedan vinculadas, procediendo la constancia registral de esta vinculación en los casos y términos previstos en la legislación específica sobre la materia» (y el art. 26 fija las cinco modalidades de alojamiento turístico). Y será el Decreto 174/2018, de 25 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos de la Región de Murcia⁵⁸, el que en su artículo 1.2 excluye del ámbito de aplicación de este decreto (sobre apartamentos turísticos, una de las cinco modalidades de alojamiento turístico) los arrendamientos de vivienda, definidos en el artículo 2.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, así como el subarriendo parcial a que se refiere el artículo 8 de la misma norma legal.

En la Comunidad Valenciana, el artículo 65 de la Ley 15/2018, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana⁵⁹, establece que las viviendas de uso turístico son «inmuebles completos», cerrándose el paso así al alquiler de habitaciones (el art. 2 del Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana⁶⁰ no aporta ninguna cuestión novedosa)⁶¹.

En Navarra, la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo⁶² tipifica en su artículo 16 las clases de establecimientos de alojamiento turístico, e incluye entre ellas a los apartamentos turísticos y, tras la reforma de la Ley Foral 19/2020, de 16 de diciembre, introduce a las viviendas turísticas, ambas definidas en el nuevo artículo 22, también reformado por esta norma. En este artículo se establece que, en ambos casos, el uso y disfrute del apartamento y de la vivienda es cedido de modo temporal a terceras personas, sin mayor especificación que admita la cesión por estancias o habitaciones, y remite en su apartado tercero a la norma reglamentaria para establecer los requisitos y condiciones sobre las formas de explotación. El Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos⁶³, excluirá de su ámbito, entre otros, «el subarriendo parcial de vivienda» [art. 2.2.b) del Decreto]. La reforma de diciembre de 2020 también introdujo en la Ley Foral la categoría de los llamados «alojamientos singulares», tipificados en el artículo 22 bis y que, según su apartado primero, son «aquellos que por su excepcionalidad, especiales características o morfología no pueden encuadrarse en ninguna de las restantes clases de establecimientos de alojamiento turístico definidos en la normativa, siempre que se les otorgue esta condición por el Departamento competente en materia de turismo, de conformidad con los requisitos y condiciones que se determinen reglamentariamente». Cuestiones necesitadas, por tanto, de desarrollo reglamentario.

El artículo 61 de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura⁶⁴ (precepto reformado por Ley 6/2018, de 12 de julio) tras definir a los apartamentos turísticos (uno de los tipos de alojamientos turísticos extrahoteleros, conforme al art. 60), establece que «La comercialización del apartamento turístico deberá consistir en la cesión del uso y disfrute *de la totalidad* del apartamento»⁶⁵.

En La Rioja, por su parte, el Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja, en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja⁶⁶, en su artículo 55, define los establecimientos de apartamentos turísticos, y establece que cada apartamento es una unidad de alojamiento, reservando el artículo 66 para ocuparse de las viviendas turísticas. Este precepto, en su apartado 1, establece que «Son viviendas de uso turístico las amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato, comercializadas o promocionadas con finalidad lucrativa en canales de oferta turística, que sean objeto de una cesión temporal de uso *en su totalidad* y no formen parte de un establecimiento de apartamentos», y el apartado tercero aclara que «el alojamiento comprenderá *la unidad completa*» (añadiendo que la cesión por habitaciones se someterá, en su caso, al régimen aplicable a las pensiones y requerirá la comunicación de inicio de actividad como tal). Por tanto, pese a que no se regula expresamente y con detalle, se abre la puerta a que pueda permitirse.

En conclusión, comprobamos cómo, si bien la mayoría de comunidades autónomas han optado por no permitir la cesión de viviendas turísticas por habitaciones, ello sí se admite en varias de ellas (Andalucía, País Vasco y Asturias), con regulaciones diversas, además, y en varias comunidades hay sentencias de los tribunales que ayudan a meditar la cuestión y abren la puerta para que pueda cristalizar dicha regulación, con argumentos de peso (Canarias, Castilla y León y Galicia). Argumentos de bastante peso, en nuestra opinión. Esta situación descrita nos debe inducir a reflexionar sobre el fenómeno en nuestro país: sobre su oportunidad y sobre su concreta regulación legal.

III. EL CONTRATO DE CESIÓN POR HABITACIONES: PROPUESTAS PERSONALES

Una vez que hemos estudiado las diversas regulaciones existentes en nuestro país, parece razonable reflexionar sobre el contrato en sí, para aportar una argumentación de mayor peso conceptual: meditar acerca de su posible viabilidad jurídica, de entrada, así como sobre su naturaleza y sobre la regulación jurídica por la que debe regirse, en su caso.

En primer lugar, en lo relativo a la admisibilidad de su existencia, parece razonable defender conceptualmente dicha admisibilidad (salvo que no se permitiera por la Ley vigente aplicable al caso, y hemos comprobado cómo esto es todavía regla generalizada en las regulaciones autonómicas españolas, aunque debemos volver a repensar sobre esta sensibilidad, a la vista de las sentencias también citadas). La regulación incluida en la LAU no conlleva, desde nuestro punto de vista, un obstáculo para esta admisibilidad, como han explicado convenientemente algunas sentencias estudiadas (a cuyos argumentos nos remitimos, por su solidez y claridad a este respecto).

En cualquier caso, no nos parecen sólidos los argumentos empleados en contra de la admisión de esta cesión por habitaciones, argumentos que parecen responder más a posiciones interesadas que a razonamientos científicos sosegados e ilustrados, como ya se ha comentado en este trabajo (y como se deduce de alguna de las importantes y motivadas sentencias ya citadas). Diversas regulaciones autonómicas han admitido esta posibilidad, indicio evidente de que no es una regulación inverosímil, nuestros tribunales lo están fundamentando con argumentos sólidos, y a nosotros nos parece posible y deseable como producto turístico a ofertar, en sintonía con un ejercicio más pleno de la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de nuestra Constitución.

Pese a ello, es evidente que si la normativa aplicable no lo permitiera, por más que conceptualmente lo consideremos posible y deseable, no cabe su admisión y celebración. Pero no podemos dejar de reiterar que no encontramos argumentos jurídicos de peso que oponer a la admisión de este contrato, en abstracto, en el mercado.

El siguiente paso nos debe llevar a razonar acerca de la naturaleza del contrato, así como sobre la regulación que sea aplicable al mismo, allí donde pueda celebrarse. Son las cuestiones que vamos a tratar a continuación.

A la hora de referirnos a la naturaleza del contrato, somos conscientes de que es complicado tratar el tema en abstracto, pues el contenido exacto de cada concreto contrato celebrado puede influir en dicha naturaleza⁶⁷: en ese sentido, no es lo mismo pactar el simple alojamiento en una vivienda o en una habitación de la misma (ya de por sí dos contratos bastante diferentes entre ellos, todo sea dicho), que añadir a dicho alojamiento algún servicio complementario (como podrían ser el desayuno, la limpieza diaria, el asesoramiento turístico, etc.)⁶⁸. No será lo mismo celebrar un contrato de arrendamiento de cosa, sin más, que algo más parecido, ya, a un contrato de hospedaje.

En completa reflexión, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA apuntan diversas posibles configuraciones en abstracto (siempre que se ceda la vivienda completa), tales como el arrendamiento de temporada, el arrendamiento de vivienda vacacional, el arrendamiento de vivienda vacacional

por temporada al amparo de la legislación de aprovechamiento por turnos o el contrato de hospedaje (quizás la modalidad en la que mejor parece encajar)⁶⁹.

En todo caso, y pese a lo esencial que resulta tener razonablemente clara la naturaleza del contrato, por su influencia en el régimen jurídico del mismo⁷⁰, catalogar expresa e indubitadamente dicha naturaleza, sabiendo que estamos ante un contrato atípico que tiene bastante de arrendamiento de cosa y/o de hospedaje, según el tenor concreto del pacto expreso entre las partes, nos parece menos útil que centrarnos directamente en la regulación en sí del mismo.

En este sentido, en tercer lugar, si pasamos a ocuparnos de la regulación efectiva del contrato, una vez analizada la cuestión de la naturaleza jurídica, parece oportuno comenzar recordando diversas voces doctrinales que, de alguna manera, se han ocupado del tema. Así, BOTELLO HERMOSA ha meditado acerca de la regulación del contrato de arrendamiento de habitación en general (sin necesaria conexión con la finalidad turística)⁷¹ y, tras ilustrada reflexión (legal, doctrinal y jurisprudencial), concluye que este contrato no se rige por la LAU (ya que el objeto es diferente), sino por el pacto perfeccionado entre las partes y por el Código civil (arts. 1542-1574 y 1580-1583)⁷². Incluso recuerda cómo el artículo 1582 del Código civil abría la puerta a arrendamientos de parte de una casa⁷³, aunque no es un artículo en el que esto sea lo principal (ni siquiera el propio artículo lo es, al aplicar el criterio de accesoriedad: la escasa trascendencia de este precepto ha provocado que no haya Sentencia del Tribunal Supremo que lo aplique⁷⁴ y ningún comentarista se haya detenido en el extremo que nos interesa aquí, algo que resulta significativo).

HERRERO SUÁREZ, por su parte, apunta que este contrato que estudiamos «es reconducible a la figura general del contrato de arrendamientos de cosas», y si la cesión del uso de la vivienda o habitación se realizara de forma habitual o profesional, y además se acompañase de la prestación adicional de servicios (limpieza, desayuno, etc.), la relación jurídica encontraría cabida en el denominado contrato de hospedaje⁷⁵.

DÍAZ VALES también aporta sugerentes ideas al estudiar expresamente el caso que nos ocupa y aludir a la normativa autonómica en cuestión (con sus problemas de constitucionalidad a cuestras, incluso), así como a la regulación general protectora de los consumidores (en cuestiones tales como información previa al contrato, integración del contenido de la oferta, promoción y publicidad en aquel, realización de pagos adicionales y documentación del contrato, derecho de desistimiento, cláusulas abusivas, celebración de contratos a distancia o responsabilidad por bienes o servicios defectuosos), el Código civil y, en su caso, las normas civiles forales⁷⁶.

Hay quien, además de incluir a la LAU en el seno de regulaciones aplicables, realiza una peculiar diferenciación, al deslindar lo civil de lo administrativo, en estos contratos⁷⁷.

Desde nuestro punto de vista, es evidente que este contrato no puede regirse a día de hoy por la LAU, ya que, si bien en ella se admite el subarriendo en general, el artículo 5 de la misma deja fuera este contrato con finalidad turística cuando recae sobre una vivienda completa (en regulación que aporta más problemas que seguridades⁷⁸), por lo que cierra el paso a un posible subarriendo de habitación turística. Como hemos apuntado, estamos ante una especie de contrato atípico⁷⁹ con elementos del arrendamiento de cosa y/o de hospedaje de acuerdo con el concreto pacto celebrado entre las partes, que deberá regirse por dicho pacto en los términos de la normativa autonómica aplicable (siempre que esta lo admita, evidentemente), y en todo caso con la protección de la normativa sobre consumidores, si el adquirente contrata con un profesional del mercado. Como regulación supletoria es de aplicación la del arrendamiento de cosa, del del Código civil, o la del hospedaje, dependiendo de a qué contrato se parezca más el pacto celebrado entre las partes.

IV. CONCLUSIONES

La normativa reguladora que consideramos que debe existir (y existe, con más o menos acierto, como hemos visto) es clave para responder a las cuestiones de interés a las que debe responder cualquier regulación sobre el tema, desde nuestra óptica. Dichas cuestiones, apuntadas a lo largo de nuestro texto, son las que siguen:

I. La primera cuestión, esencial, es si se debe admitir el contrato de cesión de habitación con finalidad turística en la regulación legal. En nuestra opinión debe admitirse, como hemos tenido ocasión de justificar, aunque no cabe duda de que la sensibilidad legal general, en este momento en España, parece todavía estar principalmente orientada en sentido contrario, y ello cierra el paso a la celebración del mismo en buena parte de los territorios de nuestro país. En todo caso, consideramos que los argumentos favorables a la prohibición de la cesión por habitaciones son endebles y favorecen que esta admisibilidad legal deba ser cada vez más tenida en cuenta, basándonos en argumentos de peso que entroncan con la propia libertad de empresa defendida en el artículo 38 CE.

II. En el caso de que se admita, el propietario de la vivienda ¿debería residir en ella o no? Consideramos que existen mecanismos administrativos para garantizar que todo se desarrollará adecuadamente sin necesidad de que el propietario resida expresa y necesariamente en la vivienda, mediante

la fiscalización del cumplimiento de los requisitos en materia de infraestructuras, urbanismo, construcción, edificación, seguridad, medio ambiente, sanidad, consumo, higiene, salud laboral y cualquier otra cuestión que se considere necesaria y tipifique.

III. En esa regulación que admita nuestro contrato, además, se deben tipificar los requisitos administrativos que se consideren necesarios para que la actividad esté adecuadamente regulada por la legislación correspondiente. En las normativas autonómicas que las admiten hemos encontrado regulaciones más o menos detalladas perfectamente aceptables (especialmente detallada, en la regulación vasca). Pero en todas las regulaciones existe, para el caso general (cesión de vivienda completa), unas tramitaciones administrativas que garantizan la seguridad jurídica para los usuarios, y que deben regir también el caso de la cesión por habitaciones, si se permite en la legislación, como defendemos.

IV. Por último, ¿se debe permitir la posible contratación de otros servicios, por las partes, además del simple alojamiento? Nos parece razonable entender que sí, pues en este ámbito la realidad cambia a gran velocidad y no parece oportuno que aspectos o servicios que pueden estar incluidos, siempre dentro de la legalidad, no lo estén, cuando además en la práctica pueden interesar a los contratantes e influyen a la hora de ofrecer un producto más atractivo y competitivo en el mercado. Por ello entendemos que debe permitirse esta contratación y, además, que la regulación debería vertebrarse en torno a conceptos jurídicos indeterminados, para no encorsetar excesivamente a la autonomía de la voluntad (pueden aparecer futuros servicios de interés, y con dichos conceptos razonablemente indeterminados lograríamos evitar necesarias reformas de un texto que merezca actualización constante).

V. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS EN EL TRABAJO

- Sentencia TSJ de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 21 de marzo de 2017.
- Sentencia TSJ de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 5 de julio de 2017.
- Sentencia TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) de 15 de noviembre de 2017.
- Sentencia TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) de 2 de febrero de 2018.
- Sentencia TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) de 14 de febrero de 2018.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) 15 de enero de 2019.

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a) de 21 de octubre de 2019.
- Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, del TS, de 19 de diciembre de 2019.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2020.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER POVO, M (2018). Aspectos contencioso-administrativos. En Fuentes-Lojo Rius y Fuentes-Lojo Lastres (Coord.). *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*. Madrid: Wolters Kluwer (157-312).
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2018). La zonificación del alquiler turístico de viviendas. La experiencia de Baleares. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (365-382).
- BOIX PALOP, A. (2018). Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (261-293).
- BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016-1). 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, 1000-1038.
- (2016-2). Los arrendamientos por temporada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, 1959-1990.
- (2016-3). Los arrendamientos parciales de vivienda. Ámbito normativo. *Actualidad Civil*, núm. 2, 46-50.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1199-1246.
- CANTERO GAMITO, M. (2018). Una evaluación de las condiciones de acceso al mercado relativas al alojamiento «colaborativo» en Madrid y Barcelona. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (383-406).
- CARRASCO PERERA, A. (2012). Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de los arrendamientos de vivienda. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 118-134 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4114385>).
- COBOS, S., MALLO, M. y SILVESTRE, X. (2018). Aspectos urbanísticos y administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación

- urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas. En Fuentes-Lojo Rius y Fuentes-Lojo Lastres (Coord.). *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*. Madrid: Wolters Kluwer (19-153).
- DÍAZ VALES, F. (2019). Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico. En Lucas Durán (Director). *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (95-184).
- DOMÍNGUEZ LUENGO, A. (2018). Prólogo. En Cerdeira Bravo de Mansilla (Director). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Editorial Reus (5-11).
- ENCARNACIÓN, A.M. DE LA (2018). Soluciones europeas en materia de regulación del alojamiento «colaborativo»: París y Londres. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (189-209).
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018): *El alojamiento colaborativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO RIUS, A (2018). Aspectos civiles y procesales. En Fuentes-Lojo Rius y Fuentes-Lojo Lastres (Coord.). *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*. Madrid: Wolters Kluwer (313-412).
- GIMENO FERNÁNDEZ, C. (2018). La regulación de las viviendas de uso turístico en la Comunidad Valenciana. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (347-363).
- GONZÁLEZ CABRERA, I. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P. (2018). El futuro de las viviendas vacacionales en Canarias y la necesaria modificación de su actual regulación jurídica. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (407-426).
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿qué viviendas se pueden arrendar? En Cerdeira Bravo de Mansilla (Director). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Editorial Reus (231-267).
- HERRERO SUÁREZ, C. (2017). Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 150-161 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6258555>).
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2018). Problemas y soluciones alternativas en la regulación del alojamiento «colaborativo» en Estados Unidos. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (211-230).

- LUCAS DURÁN, M. (2019). Presentación de la obra. En Lucas Durán (Director). *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (29-39).
- MARTÍN-ROJO, I. C. (2020): Análisis de la problemática y del impacto en el sector turístico de la oferta y contratación de alojamientos de particulares mediante plataformas colaborativas. *RIUMA*, 11-3-2020 (disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/19404>).
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*. Núm. 15, 151-176.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional. En Cerdeira Bravo de Mansilla (Director). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Editorial Reus (191-230).
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. (2018). La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos. En Cerdeira Bravo de Mansilla (Director). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Editorial Reus (55-98).
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2019). Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 775, 2221-2276.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2018). Las competencias sobre el alojamiento «colaborativo». Entre el «derecho a la ciudad», la garantía de la vivienda y la dura lex económica. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (231-259).
- NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2010). Tipología de los contratos de alojamiento turístico extrahotelero. *Actualidad Civil*. 2010-1, 1361-1380.
- ORTEGA BONITO, V. (2018). Prólogo. En Fuentes-Lojo Rius y Fuentes-Lojo Lastres (Coord.). *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico. Aspectos administrativos, urbanísticos, contencioso-administrativos, civiles y procesales*. Madrid: Wolters Kluwer (13-16).
- QUICIOS MOLINA, M.S. (2013). Comentario al artículo 1582. En Bercovitz Rodríguez-Cano (Director). *Comentarios al Código civil. Tomo VIII*. Valencia: Tirant lo Blanch (1167-1170).
- RODRÍGUEZ FONT, M. (2018). Avances en el proceso de regulación normativa del alojamiento «colaborativo» en Cataluña. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (295-323).
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

- Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Núm. 6, 1-24 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4748546>).
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018). El nuevo Decreto andaluz sobre viviendas particulares de uso turístico. Análisis a la luz de la Agenda Europea para la Economía Colaborativa. *Cuadernos de Turismo*. Núm. 41, 591-613 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6423362>).
- ROMÁN SÁNCHEZ, I.M., PAVLOVA, N., NIETO GONZÁLEZ, J.L., BONILLO MUÑOZ, D. (2017). La legislación sobre los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en España, comparativa por comunidades autónomas. *International Journal of Scientific Management and Tourism*. Vol. 3, núm. 4, 397-317 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6182535>).
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. y GARCÍA GARCÍA, J.A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines. En Cerdeira Bravo de Mansilla (Director). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Editorial Reus (147-189).
- SORIANO ARNANZ, A. (2018). Medidas de control y acceso al mercado del alojamiento «colaborativo»: la declaración responsable y el registro en la Comunidad Valenciana. En De la Encarnación (Directora). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, (325-345).

NOTAS

¹ ORTEGA BONITO, 2018, 16.

² Interesante análisis sobre el alojamiento colaborativo, perfectamente ubicado dentro de la economía colaborativa y del turismo colaborativo, con el adecuado encuadre legal español y estudio comparado, en FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 25-151. También sugiere el encuadre histórico de LUCAS DURÁN, 2019, 29-39. Además, vid. MARTÍN-ROJO, 2020.

³ En este sentido, HERRERO SUÁREZ, 2017, 155.

⁴ NÚÑEZ IGLESIAS, 2010, 1362.

⁵ Vid. por ejemplo, las propuestas de BOIX PALOP para resolver posibles conflictos de intereses (BOIX PALOP, 2018, 261-293).

⁶ COBOS, MALLO y SILVESTRE, 2018, 84-85.

⁷ Vid. ALCOVER POVO, 2018, 209-210.

⁸ GUILLÉN NAVARRO, 2018, 253.

⁹ DOMÍNGUEZ LUENGO, 2018, 7.

¹⁰ DOMÍNGUEZ LUENGO, 2018, 7-8. También en dicho sentido HERRERO SUÁREZ, que apunta cómo las críticas «resultan difícilmente justificables por razones de interés general y parecen obedecer más a la protección de los intereses particulares de los establecimientos hoteleros tradicionales» (HERRERO SUÁREZ, 2017, 158).

¹¹ DÍAZ VALES, 2019, 176-177.

¹² *RJ* 2010, 9066.

¹³ Sobre ello, vid. FUENTES-LOJO LASTRES, y FUENTES-LOJO RIUS, 2018, 316-319.

¹⁴ Otras sentencias relevantes no nos interesan, por su temática, como son la SJCA núm. 11 de Barcelona de 29 de noviembre de 2016 (*JUR* 2017, 28681), las SSAP Barcelona

(Sección 1.ª) de 7 de junio de 2018 (La Ley 67037/2018) y (Sección 4.ª) de 23 de julio de 2019 (La Ley 107171/2019), las SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) de 31 de mayo de 2016 (*RJCA* 2016, 760) y 2 de junio de 2016 (*RJCA* 2016, 713), o las SSTs de 10 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5571) y 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5453).

¹⁵ Sobre París y Londres, por ejemplo, vid. ENCARNACIÓN, 2018, 189-209 (en París cabe la cesión de habitación: *vid. ob. cit.*, 199), y sobre Estados Unidos, vid. LORATAMAYO VALLVÉ, 2018, 211-230.

¹⁶ DÍAZ VALES, 2019, 118.

¹⁷ Sobre esta regulación, por su interés, vid. especialmente ROMÁN MÁRQUEZ, 2014, 1-24; CAMPUZANO TOMÉ, 2015, 1199-1246; BOTELLO HERMOSA, 2016-1, 1000-1038; BOTELLO HERMOSA, 2016-2, 1977-1981 y BOTELLO HERMOSA, 2016-3, 46-50 (el arrendamiento de habitación, para este autor, se excluyen del ámbito de la LAU y deben someterse a la voluntad de los particulares y al del Código civil; vid. BOTELLO HERMOSA, 2016-2, 46-50). Muy crítico con esta modificación, ya en fase de Proyecto de Ley, CARRASCO PERERA, 2012, 120-121.

¹⁸ SÁNCHEZ JORDÁN, y GARCÍA GARCÍA, 2018, 161.

¹⁹ DÍAZ VALES, 2019, 131-133 (sobre sus posibles problemas de constitucionalidad, con la STC 71/1982, de 30 de noviembre y su doctrina, o la STC 121/1992, de 28 de septiembre, vid. 133-135).

²⁰ DÍAZ VALES, 2019, 119-120.

²¹ Sobre la normativa autonómica española, de modo generalista, vid. ROMÁN SÁNCHEZ, PAVLOVA, NIETO GONZÁLEZ y BONILLO MUÑOZ, 2017, 397-317; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 88-137; COBOS, MALLO y SILVESTRE, 2018, 122-153; MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, 2018, 66-98; MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 200-208; GUILLÉN NAVARRO, 2018, 231-267; NOGUEIRA LÓPEZ, 2018, 231-259 y DÍAZ VALES, 2019, 95-135.

²² CARRASCO PERERA, 2012, 121.

²³ En la LAU se alude a que se alquile la totalidad de la vivienda. Apunta ROMÁN MÁRQUEZ que «el legislador ha considerado que este tipo de sub-arrendamiento de vivienda no es merecedor de la consideración como alquiler turístico debido a su carácter residual y naturaleza ajena al propio fenómeno turístico, por lo que continua en el ámbito civil» (ROMÁN MÁRQUEZ, 2014, 11).

²⁴ BOJA núm. 28, de 11 de febrero de 2016. El artículo 44 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía (BOJA núm. 155, de 31 de diciembre de 2011 y BOE núm. 17, de 20 de enero de 2012) alude a ellos de modo genérico.

²⁵ Es importante la aceptación aunque, como indica ROMÁN MÁRQUEZ, ello no influya excesivamente en posibles diferencias de regímenes (ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, 594).

²⁶ ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, 594-596.

²⁷ BOPV núm. 152, de 11 de agosto de 2016 y BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2016.

²⁸ Véase el artículo 27 de la Ley, sobre dicho tipo de actividad, así como los artículos 94.1 (la realización de actividad clandestina es infracción grave) y 97 y siguientes (para valorar las sanciones que conlleva dicha actividad).

²⁹ En el caso de que se ceda para uso turístico habitaciones en una vivienda arrendada, será la persona arrendataria quien, conforme al artículo 54.5, deberá presentar la declaración responsable. Asimismo tendrá la obligación de comunicar a la persona arrendadora la realización de la actividad. Además, la disposición transitoria tercera añade que «Sin perjuicio del posterior desarrollo reglamentario, las viviendas para uso turístico y el alojamiento en habitaciones particulares para uso turístico que tras la entrada en vigor de esta ley pretendan ejercer el tráfico turístico deberán presentar una declaración responsable conforme se determina en el artículo 20 de la presente ley».

³⁰ El Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas para uso turístico (BOPV núm. 143, de 26 de julio de 2018), en su artículo 1 es inequívoco, ya, desde el título: es un Decreto que tiene por objeto la ordenación del alojamiento en viviendas para uso turístico (es la que se ofrezca, comercialice o ceda temporalmente, en su totalidad, como alojamiento por motivos turísticos, de modo reiterado o habitual, a cambio de contraprestación económica, en condiciones de inmediata disponibilidad) y también en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico (que se ofrece, comercializa o cede por habitaciones, de forma temporal, por motivos turísticos, de modo reiterado o habitual, a cambio de contraprestación económica, en condiciones de inmediata disponibilidad).

³¹ Reglamentariamente, añade el párrafo segundo, «se establecerá el número máximo de plazas que podrán ofertarse en una misma vivienda. Si se supera la oferta del número de plazas turísticas permitidas, el alojamiento será considerado como un establecimiento hotelero, debiendo cumplir todos los requisitos y obligaciones exigidas a este tipo de establecimientos».

³² El Decreto 112/2019, de 16 de julio, de registro de empresas y actividades turísticas de Euskadi (BOPV núm. 144, de 31 de julio de 2019), regula el mismo y, a la hora de establecer su estructura, reserva el Epígrafe Segundo de la Sección Segunda («Viviendas para uso turístico») del Libro I («Empresas y actividades de alojamiento y mediación») a las «viviendas particulares para uso turístico cedidas por habitaciones», que serán objeto de inscripción en los términos del artículo 6.2 de la norma.

³³ BOPA núm. 156, de 6 de julio de 2001 y BOE núm. 203, de 24 de agosto.

³⁴ Artículo 12.1 (párrafo segundo) del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico (BOPA núm. 191, de 17 de agosto de 2016).

³⁵ BOIC núm. 101, de 28 de mayo de 2015. Sobre ello, vid. GONZÁLEZ CABRERA, y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2018, 419-420.

³⁶ *RJCA* 2017, 645. Vid. crítica interesante en GONZÁLEZ CABRERA, y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2018, 420. En ella rebate que exista justificación legal que avale jurídicamente esa prohibición, pues no se fijan estándares de calidad para la prestación de los servicios, «sino que, sencillamente, se limita a prohibirlos, lo que vulnera, una vez más, la libre oferta de servicios en el mercado».

³⁷ *JUR* 2018, 57291.

³⁸ *RJ* 2019, 276.

³⁹ BOCL núm. 33, de 17 de febrero de 2017.

⁴⁰ *RJCA* 2018, 5.

⁴¹ DOG núm. 29, de 10 de febrero de 2017.

⁴² DOG núm. 216, de 11 de noviembre de 2011 y BOE núm. 291, de 3 de diciembre de 2011.

⁴³ DOGA núm. 29, de 10 de febrero de 2017. Marginal de la Sentencia: *JUR* 2017, 295313.

⁴⁴ *RJCA* 2018, 375.

⁴⁵ «Por lo que se refiere a la limitación del alquiler de habitaciones en las viviendas turísticas y en las viviendas de uso turístico. / — Artículo 4.2. *La comercialización de la vivienda turística deberá consistir en la cesión temporal del uso y disfrute de la totalidad de la vivienda, por lo que no se permite la formalización de contratos por habitaciones o la coincidencia dentro de la vivienda de usuarios que formalicen distintos contratos.* / — Artículo 5.1. Son viviendas de uso turístico las cedidas a terceras personas, de manera reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de corta duración, amuebladas y equipadas en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características previstas en este decreto. La cesión de este tipo de viviendas será de la totalidad de la vivienda, sin que se permita la cesión por estancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.e) LAU. / En relación con las viviendas turísticas la exigencia de su cesión completa viene impuesta por el artículo 65.2 de la Ley 7/2011, de Turismo

de Galicia, por lo que no puede entenderse que la norma impugnada resulte contraria al ordenamiento, cuando se ajusta a una previa previsión legal. / Lo mismo ocurre en relación con las viviendas de uso turístico, ya que se ampara en los criterios sentados por el artículo 5.e) LAU para excluirlas y remitirlo a su regulación específica, cuando dice: / *Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley: 1 e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial* / Por lo que se impone la desestimación de los motivos de impugnación de este precepto».

⁴⁶ RJ 2019, 4086.

⁴⁷ RJ 2020, 640.

⁴⁸ En la Parte Dispositiva del Auto, la Sala acuerda: «1. Declarar la nulidad de la Sentencia de 21 de octubre de 2019 dictada en el recurso de casación 4124/2018. / 2. Oír a las partes por plazo de quince días sobre: / — La posible inaplicación de dicha norma legal o, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por resultar el citado precepto contrario al derecho comunitario, en particular a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre libre prestación de servicios. / — El posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por alguna de las siguientes razones: / A. Por ser contrario el citado artículo 65.2 de la Ley gallega 7/2011 al bloque de constitucionalidad al conculcar legislación básica del Estado, en concreto la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. / B. Por resultar contrario el referido precepto a la libertad de empresa garantizado por el artículo 38 de la Constitución».

⁴⁹ RJ 2020, 1461.

⁵⁰ DOGC núm. 8195, de 6 de agosto de 2020.

⁵¹ El artículo 66.2 del derogado Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico (DOGC núm. 6268, de 5 de diciembre de 2012) ya establecía que «las viviendas de uso turístico se ceden *al completo*, y no se permite la cesión por estancias». Sobre ello, con detalle, vid. COBOS, S., MALLO, M. y SILVESTRE, X.: Aspectos urbanísticos y administrativos de las viviendas de uso turístico..., *cit.*, 85-122; RODRÍGUEZ FONT, M.: Avances en el proceso de regulación normativa del alojamiento “colaborativo” en Cataluña, en ENCARNACIÓN, A. M. DE LA (Directora): La regulación del alojamiento colaborativo..., *cit.*, 295-323 y CANTERO GAMITO, M.: Una evaluación de las condiciones de acceso al mercado relativos al alojamiento «colaborativo» en Madrid y Barcelona, en ENCARNACIÓN, A. M. DE LA (Directora): «La regulación del alojamiento colaborativo...», *cit.*, 391-393.

⁵² BOA núm. 90, de 14 de mayo de 2015.

⁵³ BOCM núm. 84, de 12 de abril de 2019. Trataba la norma, antes de la reforma, CANTERO GAMITO, 2018, 390-391 (destacando cómo se pretendía introducir el alquiler de habitaciones, en el Borrador de Decreto).

⁵⁴ BOIB núm. 106, de 21 de julio de 2012 (y BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2012). Vid. MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, 167-169 y BAUZÁ MARTORELL, 2018, 371 (trabajo completo en 365-382).

⁵⁵ BOC núm. 235, de 9 de diciembre de 2010.

⁵⁶ DOCM núm. 113, de 11 de junio de 2018.

⁵⁷ BORM núm. 296, de 24 de diciembre de 2013 y BOE núm. 22, de 25 de enero de 2014.

⁵⁸ BORM núm. 175, de 31 de julio de 2018.

⁵⁹ DOCV núm. 8313, de 8 de junio de 2018 y BOE núm. 157, de 29 de junio de 2018.

⁶⁰ DOCV núm. 6051, de 7 de julio de 2009.

⁶¹ Sobre la regulación valenciana, vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 96-102; SORIANO ARNANZ, 2018, 325-345 y GIMENO FERNÁNDEZ, 2018, 347-363 (especialmente 351-352).

⁶² BON núm. 23, de 21 de febrero de 2003 y BOE núm. 69, de 21 de marzo.

⁶³ BON núm. 225, de 14 de noviembre de 2011.

⁶⁴ DOE núm. 22, de 2 de febrero de 2011 y BOE núm. 42, de 18 de febrero.

⁶⁵ El Decreto 182/2012, de 7 de septiembre, por el que se establece la ordenación y clasificación de los apartamentos turísticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 178, de 13 de septiembre de 2012) no establece nada expreso al respecto, aunque en su artículo 2 remite a la definición del artículo 61 citado.

⁶⁶ BOLR núm. 34, de 22 de marzo de 2017.

⁶⁷ Sobre las relaciones entre anfitrión y huésped, vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 155-192. Sobre la naturaleza en sí, vid. MURGA FERNÁNDEZ, 2019, 2225-2228.

⁶⁸ En este sentido, MURGA FERNÁNDEZ, 2019, 2226.

⁶⁹ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 147-189.

⁷⁰ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 148.

⁷¹ BOTELLO HERMOSA, 2016-1, 1000-1038 y 2016-3, 46-50.

⁷² En este sentido, también, vid. FUENTES-LOJO LASTRES y FUENTES-LOJO RIUS, 2018, 317-319, donde inciden con especial énfasis en la relevancia de los pactos entre las partes.

⁷³ BOTELLO HERMOSA, 2016-3, 46-47.

⁷⁴ En este sentido, por todos, vid. QUICIOS MOLINA, 2013, 1167.

⁷⁵ HERRERO SUÁREZ, 2017, 156. No debemos olvidar, a la hora de meditar sobre el contrato de hospedaje, la STS de 20 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 4932), cuyo fundamento de derecho primero era muy pedagógico, al recordar la argumentación de la AP Bilbao: «A) Que 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 introducen».

⁷⁶ DÍAZ VALES, 2019, 118-143.

⁷⁷ MURGA FERNÁNDEZ, 2019, 2225-2235.

⁷⁸ En este sentido, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 189.

⁷⁹ MURGA FERNÁNDEZ, 2019, 2226.

*Trabajo recibido el 16-4-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

DICTÁMENES Y NOTAS

La fiducia sucesoria en la empresa familiar

Succession trust in family companies

por

TATIANA CUCURULL POBLET

*Doctora en Derecho. Profesora de los Estudios de Derecho y Ciencia Política.
Universitat Oberta de Catalunya*

RESUMEN: La sucesión intergeneracional de la empresa familiar es uno de los problemas que debe afrontar su propietario, pues de ello dependerá la continuidad de la misma en manos de la familia. Así pues, una planificación anticipada de la sucesión es clave para que esta transmisión sea lo más beneficiosa posible para todos los miembros familiares. Gracias a la modificación del artículo 831 del Código civil introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la fiducia sucesoria ha pasado a tener un papel importante en la sucesión empresarial. A través de ella, será posible posponer el momento de determinar quién será beneficiario de la empresa y en la que la figura del cónyuge será determinante para lograr la voluntad del causante.

ABSTRACT: *The inter-generation succession of family-owned company is one of the problems their owner must face, as their continuity will depend on it. Therefore, an early succession planning is the key to ensure this transmission to be as profitable as is possible to all family members. As a result of the amendment of article 831 of the Civil Code introduced by Law 41/2003 on 18th November, the trust in succession has become an important factor in corporate succession. Through it, it will be possible to postpone the moment*

of determining who will be the company beneficiary and in which the figure of the spouse will be decisive to achieve the will of the causative.

PALABRAS CLAVE: Fiducia sucesoria. Empresa familiar. Sucesión. Testamento. Legítima. Conservación.

KEY WORDS: *Succession trust. Family companies. Succession. Last will and testament. Legitimize. Continuity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR.—III. LA FIDUCIA SUCESORIA: 1. ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA SUCESORIA. 2. LA CODIFICACIÓN EN DERECHO COMÚN. 3. ORIGEN JURISPRUDENCIAL. 4. FINALIDAD. 5. ORDENAMIENTO FORAL.—IV. EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. PRESUPUESTOS DE LA FIDUCIA SUCESORIA. 2. NATURALEZA DE LA FIDUCIA SUCESORIA.—V. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR: 1. FORMA DE PAGO DE LA LEGÍTIMA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La empresa familiar supone una parte muy importante de la población empresarial, y consecuentemente, incide de una forma directa en la economía de los distintos países y regiones. Las estimaciones que han sido publicadas por diferentes instituciones, tanto a nivel internacional, como nacional y autonómico, reflejan el importante peso que este tipo de entidades representan.

Según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar, las empresas familiares suponen el 89% del total de empresas privadas españolas. Además, ocupan el 67% del empleo privado. Sobre la actividad económica su peso equivale a un 57% del PIB del sector privado¹. Así pues, visualizando estas cifras, resulta fácil entender el impacto de este tipo de entidades y el porqué de la importancia de su estudio.

No obstante, y a pesar del peso que representan este tipo de entidades en la economía, debemos centrarnos en uno de los mayores problemas con los que debe enfrentarse: el cambio generacional en la dirección y/o propiedad.

La sucesión de una empresa es un hecho que, por lo general, y si esta funciona, tarde o temprano, termina por llegar. Este traspaso, en la mayoría de las compañías, suele llevarse con normalidad, no obstante, no puede decirse lo mismo de las denominadas «empresas familiares».

Este tipo de entidades se diferencian del resto, como bien indica su nombre, por su componente «familiar». Esto implica que, además de los aspectos propios que caracterizan a una empresa, se le añaden otros (como pueden ser su organización, forma de relacionarse internamente, cultura o fines) que afectan de forma directa al cambio de mando.

Cabe advertir que en España coexisten la legislación común y las distintas legislaciones forales en materia sucesoria. La aplicación de una y otra dependerá de la vecindad civil del causante.

El testamento, resulta una herramienta clave en todo este entramado, ya que a través de su otorgamiento, no solo se evita la apertura de la sucesión *ab intestato* sino que, además, permite distribuir el caudal relicto de la forma más conveniente, y en la que se incluye la empresa familiar. Así, el artículo 1056.1 del Código civil establece que «cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos». No obstante, sobre el posible obstáculo que puede representar ser la legítima, más adelante veremos como la legislación permite flexibilizar la rigidez que envuelve a esta figura para favorecer la transmisión de este tipo de empresas.

Así pues, uno de los aspectos clave para asegurar el éxito de la sucesión empresarial es planificarla con la debida anticipación. De este modo, el empresario puede tomarse un tiempo prudencial para identificar al sucesor idóneo e introducirlo gradualmente en el negocio. Esta forma de proceder supondría más ventajas que inconvenientes, ya que el sucesor se iría consolidando poco a poco, no solo ante clientes y proveedores, sino también ante los demás accionistas y familiares.

No obstante, en la práctica, suele ocurrir que gran parte de esta tipología de entidades no dispone de esta planificación de la sucesión empresarial. El motivo principal es que, al fundador, quien ha creado y ha dedicado gran parte de su vida a la empresa, le resulta costoso pensar en dejar esta actividad y consecuentemente se retrasa en exceso su marcha; o simplemente puede ocurrir que no siente la necesidad de acometer una situación de relevo generacional, pues la considera muy lejana. Cabe advertir, que estos motivos no solo afectan a dicha planificación sino que también pueden suponer un desánimo o relajamiento por parte de la siguiente generación, que no contemplan el momento de manejar la empresa.

La transmisión de la propiedad puede suceder de una sola vez, como ocurre cuando esta se dispone a través de testamento. No obstante, existen otras alternativas para que dicho traspaso se produzca de forma progresiva.

Así pues, se debe advertir que el traspaso de los cargos gerenciales de este tipo de entidades no conlleva necesariamente la transmisión de su propiedad. Por tanto, una de las soluciones que existen para que la sucesión de la empresa familiar no sea tan desapacible para su propietario, es que

el traspaso se realice de forma gradual, es decir, primero podría transmitirse la gerencia y en otro momento la propiedad, o bien se puede producir una transferencia cada cierto tiempo de porcentajes pequeños de acciones o participaciones sociales a quien o quienes se consideren más aptos para llevar las riendas de la empresa.

Con todo, una de las principales consecuencias que se han detectado en la sucesión generacional de esta tipología de entidades es la atomización de la propiedad. El hecho de que el fundador quiera favorecer a todos sus sucesores hereditarios de forma igualitaria, incluyendo seguramente uno de sus mejores logros que es la empresa, implica la fragmentación de la propiedad. Esto, puede conllevar a que resulte más dificultosa cualquier toma de decisiones afectando, consecuentemente, al gobierno de la compañía.

Así pues, planificar la sucesión empresarial, puede ayudar a lograr su éxito, y aún más al tratarse de empresas familiares. Por esta razón, y entre las múltiples herramientas que existen para ello, vamos a enfocar el presente estudio en la fiducia sucesoria.

Dentro del amplio marco que existe en torno a esta herramienta vamos a centrarnos concretamente en la fiducia sucesoria en la empresa familiar. De este modo, bajo la descripción de la terminología se reflejan dos figuras jurídicas: por un lado, la fiducia sucesoria, y por otro lado, la empresa familiar.

A tal efecto, debemos destacar la inexistencia de ambas en el Código civil. Así, la fiducia no aparece como tal categoría en el ámbito sucesorio, ni tampoco se nombra la empresa como tal², y por descontado, no se vislumbra en ningún momento el concepto de «empresa familiar». Asimismo, tampoco puede apreciarse ninguna conexión entre ambas figuras jurídicas³.

Sobre esta evidencia, tan solo se puede advertir la necesidad de la regularización jurídica de ciertas realidades que se van creando con la praxis diaria y que todavía no tienen un respaldo jurídico propio sobre el que asentarse.

II. EL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

No existe ninguna normativa que defina de manera unívoca el concepto de empresa. Así pues, la Comisión Europea ha elaborado su propia definición, y ha dispuesto que «se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular»⁴. Es decir, la Comisión requiere de dos supuestos indispensables para que una organización sea considerada como empresa: en primer lugar,

que exista una actividad económica y, en segundo término, que esta sea ejercida de forma habitual.

Por su parte, la jurisprudencia ha optado por definirla desde dos ámbitos distintos. El primero es desde el plano económico, como «organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado»; y también como «organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias». El segundo es desde el ámbito jurídico, y afirma que según la rama del Derecho desde el que se quiera tratar, dicho concepto será definido de distinta manera, aunque todas mantienen un «núcleo esencial de identidad»⁵.

De todo ello puede extraerse que la empresa es una unidad patrimonial, entendida como un conjunto organizado de elementos materiales, inmateriales y personales. Con independencia de su forma jurídica, ejercerá una actividad económica de forma habitual, continuada y duradera, y su finalidad es la obtención de beneficios a través de la satisfacción de una necesidad del mercado. Tal objeto se materializa en la producción o distribución de bienes o servicios a cambio de una prestación que normalmente suele ser económica. Además, para su existencia, requiere de una razón de ser y de la constitución de unos objetivos cuyos resultados vayan dirigidos a la obtención de ganancias.

Así pues, dependiendo del tipo de empresa de que se trate, la sucesión será más o menos complicada. De acuerdo con el artículo 659 del Código civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinga por su muerte». Por tanto, se incluye a la empresa dentro de estos bienes. De este modo, y para preservar su integridad merece una especial atención en la planificación sucesoria.

Según PALAZÓN la sucesión *mortis causa* de la empresa tiene un carácter multidisciplinar, ya que la empresa social se somete al Código de Comercio y leyes de sociedades y la empresa mercantil individual busca el derecho de sucesiones⁶. Con todo, cabe decir que las normas del derecho sucesorio están inspiradas en un tipo de economía agraria, y no mercantil⁷. Así pues, en la actualidad, y tal y como afirma SERRANO, en el ámbito civil prima el interés del causante. De este modo no se contempla una regulación en las normas sucesorias propia para las empresas, aunque sí es cierto que poco a poco se tiende a una regulación más permisiva y de mantenimiento de la empresa mercantil. Por ello, actualmente hay que partir de las normas generales, con las modificaciones que se han ido introduciendo⁸.

Centrándonos más en la tipología de la empresa objeto de estudio, y tal y como se ha señalado anteriormente, una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar. No obstante, se debe resaltar que sí existen alusiones sobre ellas. Esto produce, en primer lugar, una dispersión de la regulación y, en segundo lugar, ninguna de ellas

determina de forma jurídicamente vinculante qué requisitos son necesarios para que una empresa sea calificada como familiar.

Aun así, el artículo 1056.2.º del Código civil, y aunque sea de forma indirecta, hace una alusión a la empresa familiar al permitir que el testador, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad, atribuirle a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima a los demás interesados.

En el ámbito societario también aparece el componente familiar en el artículo 183 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, confiriendo al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio el derecho a la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada. En cuanto a las sociedades anónimas, esta referencia al concepto familiar se encuentra en el artículo 187 del mismo Real Decreto al regular la no aplicación de las restricciones contempladas en los artículos 184 y 186 referentes a la representación en la sociedad anónima, cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado.

A mi juicio, con la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se perdió una gran oportunidad para definir y regular el concepto de empresa familiar, si bien, en su exposición de motivos define a las sociedades de carácter familiar como «aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes o consanguíneos o afines entre sí».

Conjeturas aparte, lo que es innegable es la realidad económica, jurídica y social de esta tipología de empresas. Es por ello que debe tomarse en consideración sus particularidades y prestar especial atención a una de las preocupaciones más relevantes de estas entidades, la sucesión generacional. Por tanto, lo que caracteriza a las empresas familiares es que la familia dirija de forma directa y activa la empresa, y que exista una continuidad intergeneracional.

III. LA FIDUCIA SUCESORIA

1. ANTECEDENTES DE LA FIDUCIA SUCESORIA

Desde antaño, los ordenamientos jurídicos han centrado sus esfuerzos en instaurar las formas por las que se deben establecer las disposiciones de última voluntad de una persona, siendo reacios en admitir la eficacia de cualquier otra manifestación que no sean las establecidas. Aun así, se han admitido las denominadas instituciones fiduciarias, como figura considerada «diferente» a las habituales.

La fiducia se remonta al Derecho Romano y tiene su origen en los actos de confianza. Deriva del latín *fideicommissum*, que es la conjunción de las palabras latinas *fides* (fe) y *commissus* (comisión). Si bien, ya en la misma Roma, la fiducia que había sido creada como una figura basada en la confianza se transformó en derecho de garantía. Por tanto, pasó de fiducia *cum amico* a fiducia *cum creditore*. Así pues, la fiducia se trata de un encargo que realiza el causante y cuyo cumplimiento no es jurídicamente obligatorio, aunque en su tiempo se trataba de una cuestión de honor el llevarlo a cabo⁹.

Según algunos autores, la fiducia *cum amico* al inicio era utilizada con la finalidad de evitar la confiscación o embargo de bienes, confiándolos a personas que por su influencia social o política tuviesen garantías de inmunidad. No obstante, con el tiempo esta figura evolucionaría y acabaría siendo utilizada, con diversas finalidades, en el ámbito de las relaciones familiares¹⁰. Posteriormente la fiducia *cum amico* influirá en la configuración de la fiducia *cum creditore*¹¹.

La fiducia se aplicaba a todos los campos del derecho (obligaciones, contratos, patrimonios, familia), pero sobre todo en el ámbito sucesorio, que es el que nos ocupa.

2. LA CODIFICACIÓN EN DERECHO COMÚN

El proyecto de Código civil de 1821 fue el primer intento codificador que se produjo en España. Este proyecto se realizó por una Comisión nombrada en 1820 para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución de 1812 el cual disponía: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes» No obstante, en lo que nos atañe, no resulta importante ya que tan solo se redactaron algunas partes (en concreto, el título preliminar «De las leyes» y los dos libros de la parte primera «De los derechos y de las obligaciones individuales») y el resto del Código nunca fue redactado. Por tanto, en este Proyecto no hubo redacción de la fiducia sucesoria ni tan siquiera de la facultad de mejorar y distribuir entre cónyuges¹².

Más tarde, la Real Orden de 22 de diciembre de 1831, hizo una regulación «sobre el derecho gradual de herencias que han de pagar los fideicomisos y patrimonios temporales eclesiásticos». A pesar de que la fiducia sucesoria seguía sin estar regulada en un texto codificado, es a través de esta Real Orden cuando se reconoce por primera vez, aunque de forma implícita, la existencia y validez de esta institución por medio de su tratamiento fiscal¹³.

Tras otro intento de codificación de la legislación civil, con el Proyecto del Código civil de 1836 se dispuso en su artículo 2297 «Queda prohibido desde la promulgación de este Código el instituir heredero por fideicomiso, más podrá el testador encargar a persona determinada y capaz de obligarse, la custodia de la herencia o de un legado, con tal que no la releve de dar cuentas al heredero o legatario, ni quite a estos el derecho de tomar posesión cuando les acomode, previa indemnización de los gastos que para la custodia de la cosa hubiere hecho el encargado de ella». Así, a través de este proyecto se establece la prohibición de la idea fideicomisaria y consecuentemente también de la fiducia sucesoria.

No obstante, posteriormente, el Proyecto de Código civil de 1851, a pesar de recoger la prohibición general de los fideicomisos, en su artículo 663 introducía una forma de fiducia sucesoria entre cónyuges¹⁴.

Finalmente, con la publicación del Código civil de 1889, aparece la fiducia sucesoria en su artículo 831, el cual ha sufrido una importante modificación. En la primera edición de este texto legal, se disponía lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado». En principio, este artículo surge como una excepción a lo dispuesto en el artículo 830 del mismo texto legal, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Lo que motivó el desuso de este articulado fue que la facultad de mejorar tan solo podía utilizarse a través de capitulaciones matrimoniales. A esto se le debe añadir, además, que hasta la reforma de 1975 estas habían de otorgarse obligatoriamente antes de contraer matrimonio. Así pues, resulta lógico pensar que, cuando los futuros esposos quieren contraer matrimonio, el hecho de que se planteen una mejora en favor de alguno de sus hijos sobre su herencia sea improbable, en primer lugar porque no sabían a ciencia cierta si podrían tener o no hijos, y en segundo lugar porque de tenerlos, no pueden anticipar las aptitudes y capacidades que tendrán cada uno de ellos. Sobre esta cuestión, VALLET afirmó que se trataba de una disposición anómala y extraña introducida en el Código civil. Destaca que este artículo está formulado como excepción del artículo 830, y excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830 del mismo corpus legal¹⁵. Con todo, según la doctrina, a pesar de la reforma de 2 de mayo de 1975 la cual permitía modificar las capitulaciones durante el matrimonio, tampoco cambió la situación¹⁶.

Con la reforma de 1981 el redactado del artículo quedaba del siguiente modo: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse

en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Con esta nueva modificación se producen interesantes cambios: desaparece la condición de que el causante fallezca intestado, se introduce un plazo para la realización de la distribución y, lo más destacable, es que se introduce el testamento como medio de articulación de esta figura jurídica.

3. ORIGEN JURISPRUDENCIAL

En cuanto a la jurisprudencia, la primera aparición de la fiducia sucesoria fue a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944. Ciertamente es que, el Tribunal Supremo, aunque no siempre haya aludido de forma expresa al negocio fiduciario, si se podía observar, a través de múltiples de sus fallos, la presencia de los elementos característicos de la misma. Si bien, no fue hasta dicha sentencia de 1944 que se refiere de una forma tan clara y concreta.

Así pues, en su fundamento jurídico tercero dispone: «Considerando que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida esta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o personas de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusulas de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo*, fideicomisos, donaciones, *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándose de esta obligación (albaceazgo de confianza)»¹⁷.

4. FINALIDAD

Como ya se ha expuesto con anterioridad, el objetivo del artículo 831 del Código civil ha ido variando, pues se ha ido adaptando a la resolución de los problemas propios de cada época. Sin embargo, las finalidades de dicho artículo, en su redacción originaria del Código civil, ya estaban enfocadas a mantener el patrimonio familiar lo más unido posible, y la manera de conseguirlo es evitar la apertura de la sucesión legal si el difunto fallece sin haber otorgado testamento.

De este modo, autores como DÍAZ FUENTES consideran que «entre los propósitos de este precepto se cuenta el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento en previsión de que el fallecimiento del *de cuius* acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»¹⁸ o SECO CARO que defiende que «puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitar la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar»¹⁹.

Así pues, con la modificación de 1981 a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, lo que se pretendió es, y como bien señala RUEDA ESTEBAN, «apuntar un principio de organización de la partición del patrimonio familiar»²⁰; es decir, cuando el causante no haya dispuesto todo o parte de su patrimonio, tiene la facultad de conceder al cónyuge superviviente la facultad de distribuir y mejorar los bienes sobre los que no dispuso. De este modo, existe la posibilidad de hacer un reparto desigual de los bienes entre los descendientes comunes. Con esta acción del cónyuge resulta viable conservar en su integridad una explotación agrícola, mercantil o empresarial (entre otras), ya que esta podría ser adjudicada por completo a aquel hijo común de ambos cónyuges que, a juicio del superviviente, sea el más apto para darle continuidad.

Al hilo de lo anterior, con la publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante Ley 41/2003), también se modificó el artículo 831 del Código civil. De su exposición de motivos se desprende textualmente que «se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia

del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí». ²¹. Si bien es cierto que *a priori* la modificación del artículo 831 del Código civil introducida por esta ley está destinada a favorecer a los descendientes discapacitados del causante, al mismo tiempo y como se verá más adelante, puede ser utilizada como herramienta útil para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar.

Han sido muchos los autores que han tratado la reforma realizada en 2003 del artículo 831 del Código civil. No obstante, también es cierto que casi todos ellos coinciden en que la introducción de una «nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad» no obedece en realidad a una nueva figura jurídica, sino lo que se hace es dar nuevo contenido a la tradicional fiducia sucesoria ²². Además, es notorio que a pesar del título de la propia ley («protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil [...]») y de lo dispuesto en la propia exposición de motivos, no se hace referencia, de forma expresa, que tal artículo está dirigido a las personas con discapacidad. Por tanto, se entiende que es de aplicación a todos aquellos progenitores que tengan descendencia común, siendo intrascendente que estos últimos sean o no discapacitados. Sobre este aspecto DIE LOMANA resalta que lo positivo de esta reforma es que «aunque sea puntual y solo para progenitores con descendientes comunes, reduce de forma considerable las limitaciones legítimas del Código civil» ²³

5. ORDENAMIENTO FORAL

Las bases en que fundamentaban el ordenamiento sucesorio foral, según LACRUZ, eran: una estructura de legítimas flexible que posibilitaba la transmisión íntegra del patrimonio al sucesor único; el contrato sucesorio que permite asegurar al heredero y, un mecanismo de elección de ese heredero si este no se ha realizado en vida del dueño de la heredad ²⁴.

En la actualidad, la fiducia sucesoria u ordenación de la sucesión por comisario, se halla regulada en determinados territorios con derecho civil especial o foral, entre los que destacan:

- Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (arts. 196-202).

- País Vasco: Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco (arts. 30-46).
- Comunidad Foral de Navarra: Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra (arts. 281-295).
- Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del derecho foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (arts. 439-463)
- Cataluña: Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (art. 424.1 - art. 424.15)
- Islas Baleares: Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (arts. 13, 18-24, 71 y 73).

IV. EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya se ha dicho con anterioridad, el problema de la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar ha sido objeto de estudio por diversos autores dada su importancia y el impacto que esta tiene en la economía del país. Además, si a los problemas comunes que de por sí conlleva toda sucesión, le añadimos la falta de regulación testamentaria, se multiplica el riesgo, no solo para la conservación de la empresa, sino para su continuidad²⁵. Sobre esta línea, DÍEZ-PICAZO señala que «los dos problemas fundamentales, ligados estrechamente no solo con el interés de los sujetos de la propia sucesión, sino ante todo el interés general del comercio y del tráfico jurídico [...] son, por un lado, hacer posible la continuidad de la empresa, de tal manera que esta como unidad de producción no deje de funcionar ni un solo momento; por otro lado, la conservación de la empresa, de manera tal que el fenómeno sucesorio no aboque a una disolución o liquidación de la empresa»²⁶.

Pues bien, dejando al margen la evidente y sabida problemática que envuelve la transmisión sucesoria de las empresas familiares, vamos a centrarnos en la fiducia sucesoria como un medio útil para sobrevivir al fenómeno sucesorio de las empresas familiares.

Si el empresario pretende transmitir la propiedad de la empresa a un único descendiente, aquel que se considera más apto para alcanzar el deseo del empresario, uno de los cauces para lograrlo es vía testamento, legando la empresa a uno de sus herederos, o a través de la facultad de partir que contempla el artículo 1056 párrafo 2.º del Código civil. No obstante, si se opta por esta fórmula puede ocurrir que el heredero designado como

beneficiario de la empresa, en el momento en que deba hacerse efectiva la sucesión, no reúna los requisitos de aptitud necesarios que tenía previstos el causante, ya que en el transcurso del tiempo entre el momento en que se otorgó el testamento y la apertura de la sucesión, puede que las circunstancias objetivas y subjetivas que motivaron al causante para la determinación del heredero beneficiario de la empresa familiar hayan cambiado. De este modo, puede afirmarse que estas formas de designación pueden resultar no ser siempre efectivas.

Como alternativa al testamento podemos acudir al artículo 831 del Código civil, el cual permite unificar, por un lado, el interés del empresario manifestado a través de las disposiciones testamentarias; por otro el interés de la empresa y, además, el interés de la sociedad en general, acomodando estos intereses al momento de la efectividad de la sucesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código civil «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»²⁷.

Este precepto, a pesar de que se presenta como una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios y a la delegación de la facultad de mejorar del artículo 830 del Código civil, se analizará desde la perspectiva de la posibilidad de distribuir, mejorando, y como excepción de los artículos 670 y 1057.1 del Código civil.

1. PRESUPUESTOS DE LA FIDUCIA SUCESORIA

De la lectura del artículo 831 del Código civil se pueden deducir los siguientes presupuestos para que la fiducia pueda ejercitarse:

1.º. La muerte del testador concedente de la facultad de delegación.

Para que exista un llamamiento sucesorio es necesario el fallecimiento del testador. Por tanto, y en lo que respecta a este estudio, la defunción del concedente es condición *sine qua non* para que pueda tener efecto la delegación.

2.º. Que exista matrimonio o relación análoga a la matrimonial.

En este punto, con anterioridad a la reforma de 2003, era condición indispensable el matrimonio para que la delegación pudiese ser efectiva. No obstante, se admitía otorgar la delegación sin estar casado en ese momento, aunque para que esta pudiese ser efectiva era necesario haberse celebrado el matrimonio. En caso contrario, la delegación no existiría.

Sin embargo, tras la reforma del artículo 831 del Código civil, se admite que esta delegación pueda concederse entre progenitores que tengan descendencia común, y con la novedad de que no es necesario que estos estén casados entre sí. De esta forma, y como la ley no distingue nada al

respecto, tienen cabida tanto las parejas estables de hecho como aquellos que no lo son pero que tienen descendencia común. Resulta obvio pensar, que lo que la legislación trata de hacer es adaptarse a los nuevos cambios sociales y a los nuevos modelos de familia existentes²⁸.

Aunque pueda parecer extraño, el matrimonio, necesita un mayor determinimiento, al poderse producir situaciones producidas antes del fallecimiento del concedente, que hagan dudar de si realmente persiste o no la eficacia de la delegación.

Si la situación matrimonial al fallecimiento del cónyuge que concede la fiducia es normal, *a priori* el sobreviviente podrá ejercer la facultad concedida sin problemas. Pero ¿qué pasa en los supuestos de divorcio, nulidad matrimonial o incluso separación de los cónyuges? A tal efecto debemos remitirnos a los artículos 102 y 106 del Código civil. Así pues, en el supuesto de que el cónyuge fiduciante falleciera cuando el proceso de nulidad, separación o divorcio se halla meramente incoado «quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»²⁹. En aquellos casos en los que ya existiera sentencia «la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva»³⁰.

Sobre la línea de lo expuesto, en los casos de reconciliación tras el divorcio, no implica la recuperación de la fiducia extinguida con el proceso. Sin embargo, no existe ningún obstáculo para que la pareja pueda volver a contraer matrimonio entre sí, o constituirse en pareja de hecho, y así poder volver a concederse esta facultad.

Caso distinto es el de la separación legal que, a pesar de que es motivo de extinción de la fiducia, es posible recobrarla en caso de reconciliación, siempre y cuando el concedente no la hubiere revocado en un testamento posterior.

De todo lo expuesto hasta ahora, cabe plantear otra pregunta ¿existe la posibilidad de que el testador pueda delegar la facultad contenida en el artículo 831 a favor de su excónyuge o de su cónyuge separado judicialmente o de hecho? A pesar de que tal cuestión puede parecer un tanto desorbitada, pueden existir casos en los que unos progenitores, a pesar de manifestar sus desavenencias como pareja, siguen confiando recíprocamente en que el otro es la persona que seguro mejor cuidará y atenderá los intereses de los descendientes comunes. A tal efecto, parece que la reforma de 2003 sí contempló esta situación al incorporar en el artículo 831 párrafo 5 cuando trata de la cesación de las facultades conferidas al cónyuge la salvedad de «que el testador hubiera dispuesto otra cosa». Por tanto, y en base al principio de la autonomía de la voluntad, el testador sí puede mantener la fiducia sucesoria aunque su matrimonio no continúe por nulidad, separación o divorcio³¹.

Lo expuesto hasta ahora también sirve como solución cuando el cónyuge sobreviviente contrae ulterior matrimonio o mantiene relación de he-

cho análoga. Por tanto, en estos casos también prevalecerá la voluntad del causante sobre la legislativa.

Por último cabe contemplar los supuestos en los que el cónyuge sobreviviente hubiere ejercitado y consumado la delegación de las facultades concedidas por el artículo 831 del Código civil y posteriormente ha contraído nuevas nupcias. Tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ si esa facultad la ha ejercido el supérstite en estado de viudez, no se invalida ese ejercicio, pues se trata de un hecho posterior que no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios³².

Con todo, cabe concluir que la mejor solución para evitar dudas y futuros problemas sobre los efectos de la delegación en casos de crisis matrimoniales o cuando existe un ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o un hijo no común, es que el testador las regule previamente.

3.º. Que sobrevivan hijos comunes.

Este requisito se presume lógico y evidente, pues el motivo por el que se plantea y que causa la delegación son justamente los descendientes. La ley no hace ninguna distinción sobre su filiación, es decir, no tiene en cuenta si esta es matrimonial o no matrimonial o incluso adoptiva. Lo único que se exige es que sean comunes a ambos progenitores. De esta forma, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código civil, todos ellos pueden ser indistintamente mejorados.

Cuestión distinta es el hecho de que el cónyuge sobreviviente tenga hijos no comunes una vez fallecido el causante. A tal efecto, el propio artículo 831 párrafo 5 del Código civil lo considera como causa de cesación del encargo. De este modo, debe resaltarse que la ley habla de forma futura al decir «tenido algún hijo no común», y no utiliza la forma pasada. Si bien es cierto, y tal y como hemos indicado con anterioridad, la propia legislación deja al arbitrio del testador, conforme al principio de autonomía de la voluntad, que este pueda decidir en última instancia si, a pesar de que pueda producirse tal situación, siga teniendo eficacia la delegación conferida.

Sin embargo, para el caso de que el cónyuge supérstite tenga hijos de un matrimonio anterior, no impediría el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida, aunque estos quedarían totalmente excluidos del reparto, pues son herederos del fiduciario pero no del causante. No obstante, cabe plantearse esta cuestión a la inversa, es decir, ¿qué sucede si es el causante el que tuviere hijos de un anterior matrimonio? Pues bien, entendemos que en este caso tampoco quedaría sin efecto la delegación, sin embargo, consideramos que en estos supuestos puede aparecer el riesgo de que el cónyuge mejore a los hijos comunes en perjuicio de los demás.

Por tanto, de todo lo expuesto hasta ahora, puede concluirse que lo dispuesto en el artículo 831 del Código se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores que tienen descendencia común.

Así pues, tanto si nos encontramos ante un matrimonio como una pareja de hecho, la existencia de hijos comunes no es el único requisito que debe tenerse en cuenta para valorar la validez o no de la fiducia, sino que también debe existir una *affectio maritalis* entre los progenitores. Tal y como afirma RUEDA ESTEBAN, la confianza sobre la que se asienta la fiducia tiene como base la convivencia. Por tanto, cuando esta ya no existe la delegación pierde su efecto, pues la confianza ha desaparecido³³.

2. NATURALEZA DE LA FIDUCIA SUCESORIA

En el acto de la fiducia existen dos voluntades distintas, por un lado la del fideicomitente, que en nuestro caso sería el causante; y por otro la del fiduciario, que es la persona que recibe el encargo. Sin embargo, este hecho no implica que la voluntad del causante sea considerada como la principal y la del fiduciario subsidiaria, sino que el negocio jurídico sucesorio es uno exclusivamente. Por tanto, ambas voluntades se consideran como principales, y conforman entre ambas una sola³⁴ con un objetivo, que en nuestro caso es el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar.

Por su parte, el cónyuge viudo, puede ejercitar su cometido a través de dos vías distintas: por un lado, a través de testamento; o bien por acto *inter vivos*, en este caso puede realizarse en un solo acto o en sucesivos actos de mejora con asignaciones parciales, las cuales en ningún caso podrán calificarse como donaciones.

Una vez el fiduciario ha ejercido su función y ha realizado las mejoras a los descendientes, debe tener en cuenta que estas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 657, 661 y 758.1 del Código civil, se retrotraen a la fecha de fallecimiento del causante.

Consideramos que se debe incidir también en el carácter excepcional que envuelve el artículo 831 del Código civil. La frase inicial de este artículo dice textualmente «No obstante, lo establecido en el artículo anterior...», por lo que deja al artículo que le antecede el principio general a través del cual se establece la prohibición de encomendar a otra persona la facultad de mejorar. Pues bien, entendemos que dadas las amplias facultades de delegación que ofrece el artículo 831, en las que incluso ha dado cabida a las parejas estables, hubiese sido favorable convertir este artículo en la regla general positiva, dejando lo dispuesto en el artículo 830 del mismo texto legal como la excepción negativa para las demás formas de delegación de la facultad de mejorar.

Por último, la nueva redacción del artículo 831 del Código civil introducida tras reforma de 2003 ha traído consigo varias novedades, entre las más destacadas se encuentran:

En primer lugar, la supresión de la posibilidad de otorgar la fiducia sucesoria a través de capitulaciones matrimoniales, pasando a ser el testamento la única herramienta jurídica a través de la cual se puede instrumentar.

En segundo lugar, es factible delegar que la posibilidad de mejorar se realice, incluso, con cargo al tercio de libre disposición. Sobre este punto, GÓMEZ GÁLLIGO se ha pronunciado y ha afirmado que lo que se ha hecho es ampliar la facultad de distribuir extendiéndola al tercio de libre disposición, quedando por tanto desvinculada de la facultad de mejorar³⁵.

En tercer lugar, se puede delegar la posibilidad de hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio particional, incluidos aquellos que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Además, las disposiciones del cónyuge supérstite que tengan por objeto bienes específicos podrán conferir, no solo la propiedad, sino también la posesión por el hecho de la aceptación por el favorecido, a excepción que en ellas se establezca otra cosa.

También se amplían los plazos para realizar las mejoras, adjudicaciones o atribuciones. Sobre esta línea, el testador incluso puede permitir que su cónyuge cumpla la delegación en su propio testamento³⁶.

En cuarto lugar, la administración de los bienes se confiere al cónyuge sobreviviente. Esta facultad será así salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. Sobre este aspecto RIVAS MARTÍNEZ se pronuncia diciendo que el artículo 831 del Código civil «guarda silencio sobre la amplitud y facultades que pueden corresponder al sobreviviente en la administración».

En quinto lugar, regula el respeto a las legítimas y disposiciones del causante tanto de hijos comunes como no comunes. Hoy en día, y a la vista de cómo han evolucionado los modelos de familia, esta apreciación toma especial relevancia, ya que cada vez son más las parejas que conviven con hijos fruto de relaciones anteriores.

Y por último se mantiene el cese de las funciones del cónyuge supérstite si contrae nuevo matrimonio, y se amplía a supuestos de relación de hecho análoga o si se tiene algún hijo no común. La exigencia de que el cónyuge no contraiga nuevas nupcias ya se establecía en la redacción originaria del artículo 831 del Código civil, pues su fundamento reside en evitar que exista una oposición de intereses con el nuevo esposo.

En cuanto a las nuevas relaciones de hecho familiares, consideramos que su introducción era necesaria debido a la «modernización» del concepto tradicional de familia y en la aceptación de relaciones de parejas distintas del matrimonio. Así pues, su fundamento se puede equipar al del nuevo matrimonio.

Así pues, de lo expuesto hasta ahora puede deducirse que si el sobreviviente hubiese ejercitado en todo o en parte la facultad que le ha sido conferida antes de pasar a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga

o tener algún hijo no común, no habría ningún problema, ya que se tratan de hechos posteriores que no pueden producir retroactivamente efectos invalidatorios³⁷. En caso contrario, si el sobreviviente no lo hubiese ejercitado antes de que se den estas circunstancias, esto provocaría la extinción de la facultad concedida. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el testador pueda dispensar estas causas de extinción, siempre y cuando lo haga constar de forma expresa en el testamento³⁸.

Cabe resaltar que, una vez se produce alguna de las circunstancias contempladas en el apartado 5 del artículo 831 del Código civil conlleva, desde ese mismo momento, la extinción de la facultad concedida. Esto implica que, en caso de que el ulterior matrimonio no fuese válido o se disolviera, que la relación de hecho análoga ya no existiera o el hijo no común posterior falleciera, no se volverá a recuperar la facultad que en su día se le concedió, sino que esta queda extinguida de forma definitiva.

V. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR

La publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha tenido un gran impacto para las empresas objeto de este estudio. Así pues, a pesar de que esta ley tiene como objetivo, tal y como su propio nombre indica, la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, también ha servido para modificar algunos artículos del Código civil, entre ellos el ya tan mencionado artículo 831.

Por lo general, la empresa familiar suele constituir el bien de mayor valor que constituye la herencia del empresario. Por este motivo, y al ser el objetivo principal de estas entidades evitar su atomización, es necesario elaborar una planificación sucesoria que ayude a su transmisión.

La fiducia sucesoria aparece como una herramienta útil para estas entidades, sobre todo para aquellos casos en los que se produce una muerte prematura del empresario. Como ya se ha señalado con anterioridad, puede darse el caso de que el propietario otorgue testamento, y en ese momento ya designe a un descendiente, que considera que es el más apto, para sucederle en la empresa, sin embargo en el momento de la apertura de la sucesión resulta que esa decisión no fue la más acertada. También puede ocurrir que el empresario, en el momento de otorgar el testamento, no tenga claro quién es la persona más adecuada para relevarle, bien porque sus descendientes son de corta edad y todavía no han desarrollado sus aptitudes e intereses, o bien porque alguno de ellos esté en algún proceso o se prevea que pueda estar incapacitado a corto o largo plazo, etc.

Además, no debe olvidarse, ni pasar por alto, que el cónyuge es de gran importancia para la composición del patrimonio familiar, pues su apoyo y ayuda es fundamental para su obtención. De esta manera, es lógico que el empresario quiera o necesite de alguna manera posicionar o involucrar a su consorte en una decisión tan importante para la empresa que han estado construyendo a lo largo de los años.

Así pues, a través de esta figura jurídica, es posible que entre los cónyuges, o las personas no casadas entre sí pero con descendencia común, puedan encomendar al otro la facultad de disponer, una vez fallecido el testador, de los bienes que componen la herencia entre los descendientes comunes. De este modo, no solo se consigue minimizar los efectos nocivos de una decisión precipitada, sino que además se implica al cónyuge en una las decisiones más importantes para la empresa familiar.

Cabe resaltar que, a través de la reforma introducida gracias a la publicación de la Ley 41/2003, la excepcionalidad que reviste al artículo 831 del Código civil se ha visto reforzada ya que, al ser formulado como excepción del artículo 830, excluye su supuesto de las prohibiciones establecidas en los artículos 670 y 830 del mismo texto legal. Por tanto, permite otorgar al cónyuge supérstite, por un lado, mayores facultades que las establecidas en el artículo 1057, y por otro lado, más poder que el que se le confiere al contador-partidor para realizar la partición hereditaria.

Dicha excepcionalidad también supone, válgase la redundancia, una excepción a la prohibición de realizar pactos sobre la herencia futura, salvo la división *inter vivos* de un caudal conforme al artículo 1056; la prohibición de dejar la formación de un testamento, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero o hacerlo por medio de comisario o mandatario; la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar; y al artículo 1057 que tan solo permite al testador encomendar por actos *inter vivos* o *mortis causa* la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

Los límites que derivan del principio de libertad de testar, amparados por los artículos 670 y 669 del Código civil, hacen que este principio sea un derecho irrenunciable en el derecho común³⁹. Aún así, considero que el artículo 831 es una excepción a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 670 cuando habla del testamento y dice que «no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de tercero», pues a pesar de que el cónyuge sobreviviente ejercitara su mandato en testamento, debe considerarse que lo hace en el suyo propio y no en el del causante. Además, lo dispuesto en este último artículo, se refiere a la incidencia directa de ese tercero en las disposiciones incorporadas en el documento, hecho que ocurre en la fiducia sucesoria.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que el artículo 831 se considera como una anomalía del Código civil por lo que debe ser interpretado de

forma restrictiva. Además, debe resaltarse el parentesco de esta norma con algunas instituciones forales como la fiducia sucesoria aragonesa, contemplada en el título IV del libro III del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; el distribuidor introducido en los artículos 18 a 24 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares; la facultad de designar y distribuir que se da al cónyuge sobreviviente en el Derecho catalán; o la figura del fiduciario-comisario del Derecho navarro. A estas normas son a las que se deberá remitir para la interpretación de las lagunas, integración y aplicación analógica.

Antiguamente, en los contratos y en las capitulaciones matrimoniales de las Provincias de Fueros, se solía introducir una cláusula a través de la cual se autorizaba al cónyuge sobreviviente, siempre que el causante hubiese muerto intestado, para que pudiese disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos comunes de aquel matrimonio, aunque siempre se le daba más a uno que a otro. Con esta fórmula, y como afirmaba GARCÍA GOYENA, lo que se conseguía era que se mantuviera «el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria»⁴⁰.

Como ya se ha dicho, la facultad otorgada al cónyuge, o las personas no casadas entre sí, sobre la posibilidad de que puedan designar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, debe entenderse de forma amplia. Esta capacidad de mejorar no está circunscrita al tercio de mejora, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831.1 del Código civil, puede realizarse con cargo al tercio de libre disposición. Si bien, dicho artículo sí establece unos límites que son, por un lado, el respecto a las legítimas y, por otro lado, las demás disposiciones del causante. En cuanto a la legítima se entiende que se refiere a la legítima estricta, ya que la propia norma permite la delegación respecto del tercio de mejora. Y cuando se pronuncia sobre las «disposiciones del causante» pueden ser: legados, instituciones de heredero, normas de imputación así como actos particionales efectuados por el propio testador, ya sea en el propio testamento, ya sea en documento público de fecha posterior⁴¹. Además, esta facultad de mejorar incluye la de efectuar toda clase de mejoras, ya sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos; o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota⁴².

Por tanto, a raíz de la modificación introducida en 2003 sobre el artículo 831 del Código civil, existen unas limitaciones del fiduciario. En primer lugar, el respeto a las legítimas, sobre la cual se establece un régimen distinto

de protección según sean descendientes comunes o no comunes (véase el artículo 831.3 para los comunes, y el artículo 831.4 para los no comunes). Y, en segundo lugar, el respeto de las disposiciones del testador, que engloban no solo las dispuestas a través de testamento, sino aquellas otras otorgadas *inter vivos* o *mortis causa*, tanto de carácter dispositivo como particional, ya sean otorgadas a favor de descendientes comunes o no, como a favor de extraños o cualesquiera otras disposiciones, sean patrimoniales o no. Sobre esta idea RUEDA ESTEBAN afirma que «el delegado solamente ocupará el “espacio vacío” que el delegante haya dejado son ocupar»⁴³.

Esta voluntad del causante puede manifestarse no solo sobre los bienes sobre los que puede disponer, sino que también puede expresar sobre la forma en que el fiduciario debe ejercer sus facultades. Es decir, puede disponer restricciones o establecer la forma de ejercicio de las facultades del fiduciario, pronunciarse sobre un grupo determinado de personas a las que deba beneficiarse, fijar los criterios a seguir para decidir a quién se mejora o establecer un plazo concreto para llevarlo a cabo, o si permite que las haga en testamento, entre otras. Además, el fiduciario tiene la obligación de respetar todas las instrucciones u órdenes del testador que están relacionadas con la partición, ya sea en forma de valoración como de cualificación de bienes y atribuciones.

El límite de respeto a las legítimas y su carácter imperativo aparece en todas las versiones del artículo 831 del Código civil, el cual ha de ser interpretado tanto de la perspectiva de la intangibilidad cualitativa como de la cualitativa. No obstante, no fue hasta la publicación de la Ley 41/2003, que se introduce, por primera vez, la expresión «legítima estricta» en el Código, a pesar de que esta ya estuviera consolidada tanto por la doctrina como la jurisprudencia.

De este modo, por lo que se refiere al respeto de la legítima estricta de los descendientes comunes, el artículo 831 del Código civil, le dedica un apartado distinto, concretamente el tercero. Este hecho indica que se trata de una regulación específica y que la legislación quiere diferenciarla de la de los hijos no comunes. Así pues, se pueden apreciar tres notas características de dicho articulado, que la hacen distinta respecto al régimen general de las legítimas de los herederos forzosos contemplado en los artículos 806 y siguientes el mismo texto legal.

En primer lugar utiliza la palabra «respeto». Tal y como indica RUEDA ESTEBAN a pesar de que se podían haber empleado otros términos como, por ejemplo, «sin perjuicio» o «se deberán cumplir», entre otros, la utilización de este término nos señala que, a pesar de que se aplican las reglas generales de protección de los derechos legítimarios de los herederos forzosos, debe tenerse en cuenta las especialidades y particularidades que se infieren del texto del artículo 831 del Código civil. Cabe resaltar que para los hijos no comunes se emplea un término más exigente: «no alterará»⁴⁴.

En segundo lugar, al tratar sobre los hijos comunes se refiere textualmente a las «legítimas estrictas», cosa que no sucede cuando trata a los descendientes no comunes en el siguiente apartado. Ello significa que la delegación que se hace en el fiduciario, en relación a los hijos o descendientes comunes, se refiere a los tercios de mejora y libre disposición, quedando por tanto, fuera de sus facultades la del tercio de legítima estricta.

Por último, y en tercer lugar, el texto del artículo 831 del Código civil diferencia a los descendientes comunes de los no comunes, hasta el punto de que están contemplados en diferentes apartados del mismo artículo.

Sobre este punto, existe discrepancia entre la doctrina. Así pues, una parte admite que el otorgamiento de la fiducia permitirá dejar a los descendientes legitimarios del premuerto no comunes con el delegante tan solo la legítima estricta⁴⁵; sin embargo, otra parte considera que el precepto impone el respeto de la legítima amplia⁴⁶. A tal efecto, y ante la falta de respuesta por parte de la norma, resulta necesario interpretar el texto del artículo 831.4 del Código civil, y referente a los hijos no comunes, cuando dice «no alterará el régimen de las legítimas...». Para ello, GARCÍA RUBIO⁴⁷ propone distintas interpretaciones para dar solución respecto a las partes de la herencia sobre las que el fiduciario puede mejorar.

Suponiendo que el causante no haya dispuesto nada al respecto, pues de lo contrario deberá atenderse a su voluntad, la autora mencionada propone las siguientes soluciones: la primera, parte de la división teórica de la herencia del premuerto en los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición, que supondría que los hijos comunes y no comunes concurren a parte iguales en el primero, pudiendo el viudo agotar los otros dos tercios a favor únicamente de todos o algunos de los hijos comunes, de tal suerte que el otorgamiento de las facultades del 831 supondría en la práctica la relegación de los descendientes del premuerto que no fueran del fiduciario a su legítima estricta. La segunda posibilidad supone el reparto igualitario de la herencia entre los hijos (o quienes los representen en la sucesión) comunes y no comunes, de suerte que el fiduciario solo podrá ejercitar sus facultades respecto a la porción de la herencia que corresponda a los hijos comunes, permaneciendo intacta la cuota de los otros. Y, por último, la tercera opción, la cual también es propuesta por LÓPEZ BELTRÁN HEREDIA⁴⁸, es que los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualitariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los no comunes.

Con todo, consideramos que la primera solución sería la más acertada, pues se trata de una fiducia completa y es la voluntad del causante la que

determina su sucesión, siempre que respete los límites de la legítima de los hijos, sin distinguir entre comunes y no comunes.

Así pues, si el causante con hijos de distintos matrimonios, delega en su cónyuge, deberá tener en cuenta que es probable que los hijos no comunes con su último matrimonio puedan quedarse únicamente con la legítima estricta, pues el fiduciario lo más seguro es que mejore en todo lo que pueda a sus hijos, en detrimento de los no comunes. Por lo que, si deseara evitar tal situación lo más conveniente sería que limitase las facultades de mejora del fiduciario.

Por tanto, puede afirmarse que en primer lugar prevalece la voluntad del causante, y además, si no se ha dicho nada en contra, la ley establece la obligación de que todos reciban su parte igual en el tercio de legítima estricta.

De todos modos, tal y como reconoce RUEDA ESTEBAN, parece que, con los límites señalados, el artículo 831.4 del Código civil otorga facultades particionales también en relación con los descendientes no comunes y con los extraños beneficiados con disposiciones del causante. No obstante, el mismo autor pone de relieve algunos obstáculos, como los derivados del conflicto de intereses entre contador-partidor y descendientes no comunes y extraños (art. 1057), o la regulación como supuestos diferenciados de los previstos en los puntos 3 y 4 del artículo 831. Al mismo tiempo llega a ciertas conclusiones que resulta interesante exponer; señala que el artículo 831 no autoriza la delegación de la facultad de mejorar a favor de los hijos de finado que no sean comunes, pero tampoco la prohíbe, por lo que no ve obstáculo, en situaciones de confianza absoluta con el supérstite, para que el causante le autorice también a mejorar a los hijos de un anterior matrimonio o unión de hecho, si el testador aprecia una buena relación entre ellos⁴⁹. No obstante, y a pesar de lo atrayente de esta propuesta, esta no puede llevarse a cabo pues dicha posibilidad no está contemplada en el artículo 831 el cual menciona exclusivamente la facultad con relación «a los hijos o descendientes comunes». Por tanto, al tratarse de un precepto excepcional, no es posible la interpretación extensiva del precepto.

1. FORMA DE PAGO DE LA LEGÍTIMA

Hasta ahora hemos visto la importancia que juega la legítima en el momento de la sucesión y cómo esta pueda afectar en la trasmisión en unidad de la entidad familiar.

La mayor parte de la doctrina entiende que, en estos casos, la figura del legitimario es la de un legatario de la legítima estricta en metálico. En la práctica, esta idea recobra una especial importancia puesto que, si fuere un heredero, tendría la responsabilidad solidaria del artículo 1084 del Código civil frente a

los acreedores de la herencia, hecho que consideramos sería del todo inicuo. Es por ello que debe ser un legatario de cuota. Esto será así, con independencia de que a esa persona se le designe heredero, pues el artículo 675 del mismo articulado establece como prioridad la intención del legislador, la cual, fue la de nombrar heredero al adjudicatario relegando a los otros interesados a un legado de legítima. Todo ello, de conformidad con los artículos 668 y 768 del Código civil, de los que se extrae que dejar la legítima en metálico, aunque sea extrahereditario, supone no querer atribuir la condición de heredero.

Sin embargo, otros autores entienden que con la modificación hecha en 2003 sobre el artículo 1056.2 se llega más allá y con la adjudicación de la herencia a un solo heredero (o más de uno) y siempre que se cumplan con los requisitos contemplados en dicho artículo, es decir, «conservación de la empresa familiar o interés de su familia», si el testador lo decide así, el derecho del legitimario a obtener el pago de sus derechos en bienes de la herencia (*pars bonorum*) se transforma en un derecho a percibirla en metálico (incluso con dinero extrahereditario) o sea un simple crédito.

Con todo, entendemos que de forma prioritaria, y siempre que los bienes de la herencia lo permitan, la naturaleza de la legítima será *pars bonorum*, y solo en los casos en que esto no sea posible, se transformará en un derecho a reclamarla de forma monetaria.

Por tanto, el pago de la legítima a los demás interesados puede realizarse a través de tres vías distintas. En primer lugar, y por aplicación del artículo 1056.1 del Código civil, con los bienes de la herencia que no formen parte de la empresa, o dicho de otra manera, es la partición realizada por el testador; en segundo lugar, es a través del pago en metálico, pues es la primera opción que establece el artículo 1056.2. En este supuesto, entendemos que entre el caudal hereditario existe dinero suficiente para satisfacer el importe de la legítima. Así pues, de aplicarse esta opción, entendemos que no cabría aplazamiento del pago, pues entraría en juego el artículo 1056.1 y no el segundo párrafo. Además, el devengo del mismo sería desde el momento de la apertura de la sucesión, el cual incrementaría con los intereses que deberán aplicarse en caso de que se produzca un retraso; y por último, la vía del pago mediante efectivo extrahereditario. Este es el caso expresamente contemplado en el artículo 1056.2 del Código civil. Para que este precepto surta efecto es necesario que el testador lo disponga expresamente. De este modo, la naturaleza de la legítima se acerca más a la *pars valoris*. Sin embargo, esta disposición por parte del testador resulta completamente necesaria para que lo dispuesto en tal artículo pueda aplicarse, de lo contrario, si el testador no dice nada, los legitimarios estarán facultados para exigir su legítima en bienes de la herencia (*pars bonorum*).

Además, se plantea la cuestión sobre si para favorecer la transmisión de las empresas familiares es posible que el testador, al igual que delega a favor

de su cónyuge el poder de mejorar, puede atribuirle la de pagar en metálico la legítima a los herederos forzosos, con la única finalidad de atribuir en bloque la entidad a uno solo de ellos. Entendemos que no es posible conectar el artículo 831 del Código civil con los artículos 841 y 1056.2 del mismo cuerpo legal. En estos últimos se hace referencia a las figuras de testador y contador-partidor autorizado por el primero, como personas autorizadas para realizar tal acción, sin referirse en ningún momento al cónyuge que tenga atribuida la fiducia sucesoria.

Con todo, nada impide que el cónyuge al que se le ha atribuido tal facultad pueda hacer uso de la mejora en cosa determinada del artículo 829 del Código civil. De este modo podría asignar la empresa a uno de los herederos. No obstante, y para el caso en que el valor excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, este podrá pagar en metálico los derechos de los demás legitimarios.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, con la utilización de esta fórmula jurídica, y a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1056.2 no cabe la posibilidad de aplazar el pago de la misma, ni la aplicación de cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.

La posibilidad de aplazar el pago de la legítima fue una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 7/2003. De este modo, el plazo de pago será el que se señale por el testador o contador-partidor, siempre y cuando este no supere los cinco años. Además, también se establece el momento a partir del cual se computará dicho plazo y será «desde el fallecimiento del testador». Con ello, se pone de relieve como el legislador ha antepuesto la defensa del interés de la empresa en perjuicio del interés del legitimario.

De utilizarse esta última vía, es decir, el pago de la legítima con dinero extrahereditario y haciendo uso del aplazamiento previsto por el legislador, el beneficiado por la empresa podrá financiarse el metálico de las legítimas con los propios rendimientos procedentes de la explotación de la entidad, de este modo, además, evitará tener que depender de la financiación externa, lo que consecuentemente facilita la sucesión de la empresa.

Además, nada se dispone sobre los intereses, por lo que parece lícita la posibilidad imposición de los mismos por parte del testador o contador-partidor. No obstante, de no decirse nada sobre ellos, se entiende que no existirán intereses.

VI. CONCLUSIONES

I. El impacto que las empresas familiares tienen en la economía de los distintos países y regiones resulta evidente, sin embargo el problema de la

sucesión intergeneracional sigue siendo uno de los principales problemas a los que se debe enfrentar.

II. El otorgamiento de testamento por parte del empresario, resulta una herramienta clave para la supervivencia de la entidad ya que, no solo evita la apertura de la sucesión *ab intestato* sino que, además, permite distribuir el caudal relicto de la forma más conveniente, y en la que se incluye la empresa familiar.

III. Para lograr el éxito de la sucesión intergeneracional de la empresa, evitando su atomización, es imprescindible que exista una correcta planificación de la sucesión del propietario. La fiducia sucesoria puede resultar ser un instrumento jurídico muy útil para esta tipología de compañías, pues su cometido es mantener el patrimonio familiar lo más unido posible.

IV. La finalidad del artículo 831 del Código civil ha cambiado. En sus orígenes perseguía la cohesión familiar y la integridad de la explotación agraria o empresarial. Tras la reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, entre otras, es la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola indivisa.

V. La fiducia sucesoria aparece por primera vez en la jurisprudencia, de una forma clara y concisa, gracias a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, aunque anteriormente se podían observar algunos elementos característicos de la misma a través de sus fallos.

VI. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad está encaminada a favorecer a los descendientes discapacitados del causante, no obstante, también puede ser utilizada como herramienta útil para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Además, y a pesar del título de la propia ley y de lo dispuesto en su exposición de motivos, en su articulado no se hace ninguna referencia a que sea de aplicación exclusiva a las personas con discapacidad, por lo que puede ser de aplicación a todos aquellos progenitores que tengan descendencia común, con independencia de que estos últimos sean o no incapacitados.

VII. A pesar de que con el otorgamiento del testamento se evita la apertura de la sucesión *ab intestato* y las nefastas consecuencias que ello comportaría para la transmisión en unidad de la compañía, al mismo tiempo también puede resultar no ser una de las formas más idóneas para alcanzar tal fin, pues puede ocurrir que en el transcurso del tiempo que ha pasado entre que se otorgó el mismo y el momento en que debe hacerse efectiva la sucesión el beneficiario no reúna los requisitos de aptitud necesarios que tenía previstos el causante.

VIII. Como alternativa al testamento se puede acudir al artículo 831 del Código civil. De este modo se puede unificar el interés del empresario,

el cual ha sido manifestado a través de las disposiciones testamentarias; el interés de la empresa y el interés de sociedad general.

IX. Con la reforma del artículo 831 del Código civil, la legislación trata de adaptarse a los nuevos cambios sociales y a los nuevos modelos de familia existentes al permitir que la delegación pueda concederse entre progenitores que tengan descendencia común, sin ser necesario que estos estén casados entre sí.

X. Las crisis matrimoniales pueden poner en riesgo la facultad de la fiducia sucesoria, por lo que es altamente recomendable que el testador previamente las regule.

XI. La facultad otorgada al cónyuge, o las personas no casadas entre sí, sobre la posibilidad de que puedan designar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, debe entenderse de forma amplia, esto significa que no está circunscrita al tercio de mejora, sino que puede realizarse con cargo al tercio de libre disposición. No obstante, en todo caso deberá respetarse las legítimas y demás disposiciones del causante.

XII. El pago de la legítima a los demás interesados puede realizarse a través de tres vías distintas, siendo las dos últimas favorecedoras para la transmisión en unidad de la entidad familiar. En primer lugar, con los bienes de la herencia que no formen parte de la empresa; en segundo lugar, a través del pago en metálico, para el cual es necesario que en el caudal hereditario exista dinero suficiente para satisfacer el importe de la legítima; y por último, el pago mediante efectivo extrahereditario.

XIII. No es posible que el testador, aunque sea con el objetivo de favorecer la transmisión de la empresa familiar, pueda atribuir a su cónyuge la facultad de poder pagar en metálico la legítima a los herederos forzosos. No obstante, sí puede hacer uso de la mejora en cosa determinada del artículo 829 del Código civil, aunque esta no admite el aplazamiento de su pago.

XIV. La fiducia sucesoria no es en realidad una herramienta jurídica específica para garantizar la continuidad de las empresas familiares. Sin embargo, contribuye a preservar la integridad del patrimonio familiar de tal forma que no se disperse entre los distintos descendientes del causante. Además, con su utilización se evitan decisiones precipitadas, tomando especial énfasis cuando sucede el fallecimiento prematuro del causante.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala 1.^a) de 30 de octubre de 1944.
- STS (Sala 4.^a) de 17 de julio de 1993.
- STS (Sala 4.^a) de 18 de marzo de 1994.
- STS (Sala 3.^a, secc. 4.^a) de 25 de febrero de 1997.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (2005). El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona. *Revista de Derecho Privado*, núm. 89, 3-20.
- ARANGIO RUIZ, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 112.
- CERDÁ GIMENO, J. (2006). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar. En AA.VV., *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*. Navarra: Aranzadi.
- (2007). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 61, 2007, 93-128.
- (2011). *Costumbres Jurídicas en las Phitiusas*. Madrid: Dykinson.
- DAVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. En: AA.VV. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III.
- DÍAZ FUENTES, A (1965). Excepciones legales al personalísimo de las disposiciones *mortis causa* (II, Sobre el art. 831 CC). En: AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*, T.XVIII, Fasc. I, enero-marzo (877-909).
- DIE LAMANA, J. (2006). El artículo 831 del Código civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común. *Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo* [En línea], núm. 9, disponible en <https://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/EL-ARTICULO-831-DEL-CODIGO-CIVIL-REFORMADO-POR-LEY-41-2003-UNA-REDUCCION-PUNTUAL-PERO-IMPORTANTE-DE-LAS-LEGITIMAS-EN-DERECHO-COMUN-Por-FRANCISCO-JAVIER-DIE-LAMANA>
- DÍEZ-PICAZO, L. (1965). La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 96, 293-312.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FLORENSA TOMÁS, C.E. (2005). La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código civil. En D. Bello Janeiro (coord.). *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública (EGAP), 117-141.
- GARCÍA CANTERO, G. (1995). Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. En V.M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminar organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*. Madrid: Civitas (97-114).
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*. Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar. En. AAVV. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXI, fascículo de enero-marzo 2008. Madrid: Ediciones del Ministerio de Justicia (57-112).
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2005). La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 11-30.
- HUERTA TROLEZ, A. (2003). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3.^a época, 41-86.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Estudios de Derecho privado común y foral*. Barcelona: Bosch.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2005). El artículo 831 del Código civil. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín oficial del estado, 1115-1152.
- MILLÁN SALAS, F. (2006). La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tercera Época, CLIII, enero-marzo, núm. 1, 403-434.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 1521-1532.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2007). La delegación de la facultad de mejorar. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 136, 1629-1651.
- ROBLES PEREA, M.A. (2005). El artículo 831 del Código civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En: M.A. Rueda Pérez (coord.). *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004. Valencia: Colegio Notarial de Valencia, 157-170.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: Auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común*. Madrid: La Ley.
- (2016). Evolución histórica de la fiducia sucesoria en la época de la codificación del derecho común hasta nuestros días. En A. Murillo Villar, A. Calzada González y S. Castán Pérez-Gómez (Coord.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson, 909-964.
- SECO CARO, E. (1960). *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*. Barcelona: Bosch.
- SERRANO CHAMORRO, M.E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. En AA.VV., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 747. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 95-148.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1978). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil*. Madrid: Edersa.
- (1984). Comentario al artículo 831 del Código civil. *Revista de Derecho Privado. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil.
- (2004). Comentarios al Código civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código civil. Sección sexta. De las mejoras, *vLex* [En línea], disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mejoras-231286>.

NOTAS

¹ Extraído del Instituto de la Empresa Familiar en fecha 18 de septiembre de 2019, disponible en <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>. En este punto, debe reflejarse que, para el cálculo de estas cifras no se han tenido en cuenta autónomos, ni otras formas jurídicas distintas a Sociedades Anónimas y Sociedades Limitadas.

² Cierto es que en el artículo 1903 del Código civil sí aparece el concepto de empresa, pero no es usado en los términos que aquí interesan, es decir, se alude a dicho concepto pero no se explicita qué se entiende por empresa.

³ CERDÁ GIMENO, J. (2006). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar. En AA.VV., *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*. Navarra: Aranzadi, 124.

⁴ 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003), 39.

⁵ STS (Sala 4.^a). de 17 de julio de 1993, STS (Sala 4.^a). de 18 de marzo de 1994, STS (Sala 3.^a, secc. 4.^a). de 25 de febrero de 1997.

⁶ PALAZÓN GARRIDO, M.L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 19.

⁷ DÁVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. En: AA.VV. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III, 577.

⁸ SERRANO CHAMORRO, M.E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. En AA.VV., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 747. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 98.

⁹ CERDÁ GIMENO, J. (2011). *Costumbres Jurídicas en las Phitiusas*. Madrid: Dykinson, 310.

¹⁰ ARANGIO RUIZ, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 112.

¹¹ RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: Auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común*. Madrid: La Ley, 8.

¹² RUEDA ESTEBAN, L. (2016). Evolución histórica de la fiducia sucesoria en la época de la codificación del derecho común hasta nuestros días. En A. Murillo Villar, A. Calzada González y S. Castán Pérez-Gómez (Coord.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson 912.

¹³ En cuanto a las fiducias, la Real Orden disponía: «Enterado el Rey nuestro señor de lo expuesto por la Dirección general, por el director de la Real caja de amortización y por los asesores de la superintendencia general de la real Hacienda, y consecuencia de lo consultado por el intendente de la provincia de Málaga, relativamente a si están comprendidos en la imposición gradual de herencias los fideicomisos y los patrimonios temporales eclesiásticos y de legos; se ha servido S.M. resolver que están sujetos á la referida imposición con la distinción siguiente: 1.º En los fideicomisos se exigirá el testimonio de la cláusula fideicomisaria en su tenor literal, y si en ella resulta la restitución ó destino que el testador da a los bienes, se cargará el impuesto con arreglo a su resultado; más si la cláusula es general y referente á la fe y sigilo del fideicomisario, entonces estará este sujeto al derecho correspondiente al heredero extraño, de no ser que declare y restituya la herencia en forma legal a persona pariente del testador, en cuyo caso se atenderá al grado de parentesco, y por él se fijará el impuesto» (Gaceta de Madrid, núm. 9, de 21 de enero de 1832).

¹⁴ El artículo 663 del Proyecto de 1851 establece una excepción a la prohibición general del artículo 662 que dispone «La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro». Así pues, el artículo 663 dispone «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio,

distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto».

¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (2004). Comentarios al Código civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código civil. Sección sexta. De las mejoras, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231295), 2-3.

¹⁶ Es de advertir la analogía sustancial con la definición de trust del Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento: «El término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por actos *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado» (Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su Reconocimiento [<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30es.pdf>]). Véase. CERDA GIMENO, J. (2007). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 61, 2007, 98.

¹⁷ STS (Sala 1.ª), de 30 de octubre de 1944.

¹⁸ DÍAZ FUENTES, A (1965). Excepciones legales al personalísimo de las disposiciones *mortis causa* (II, Sobre el art. 831 CC). En: AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*, T.XVIII, Fasc. I, enero-marzo, 884.

¹⁹ SECO CARO, E. (1960). *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*. Barcelona: Bosch, 79.

²⁰ RUEDA ESTEBAN, L. (2015)., *ob. cit.*, 226.

²¹ Exposición de Motivos, VII, d) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre).

²² RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *ob. cit.*, 229; FLORENSA TOMÁS, C.E. (2005). La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código civil. En D. Bello Janeiro (coord.). *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública (EGAP), 120.; PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 1528; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2005). El artículo 831 del Código civil. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1116.

²³ DIE LAMANA, J. (2006). El artículo 831 del Código civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común. *Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo* [En línea], núm. 9, disponible en <https://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/EL-ARTICULO-831-DEL-CODIGO-CIVIL-REFORMADO-POR-LEY-41-2003-UNA-REDUCCION-PUNTUAL-PERO-IMPORTANTE-DE-LAS-LEGITIMAS-EN-DERECHO-COMUN-Por-FRANCISCO-JAVIER-DIE-LAMANA>.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Estudios de Derecho privado común y foral*. Barcelona: Bosch, 58.

²⁵ GARCÍA CANTERO, G. (1995).) Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. En V.M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*. Madrid: Civitas, 97.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (1965). La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 96, 295.

²⁷ FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 291.

²⁸ Artículo 831 párrafo 6 del Código civil.

²⁹ Artículo 102 del Código civil.

³⁰ Artículo 106 del Código civil.

³¹ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2007). La delegación de la facultad de mejorar. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 136, 1639.

³² RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *ob. cit.*, 1640.

³³ RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.*, 376.

³⁴ CERDÁ GIMENO, J. (2011), *ob. cit.*, 316.

³⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2005). La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 25.

³⁶ Artículo 831.1 segundo párrafo del Código civil.

³⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). Comentario al artículo 831 del Código civil. *Revista de derecho privado. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil, 410.

³⁸ MILLÁN SALAS, F. (2006). La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tercera Época, CLIII, enero-marzo, núm. 1, 411.

³⁹ RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.*, 492.

⁴⁰ GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*. Madrid, 107.

⁴¹ HUERTA TROLEZ, A. (2003). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 3.^a época, 61.

⁴² VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1978). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil*. Madrid: Edersa, 382.

⁴³ RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.*, 503.

⁴⁴ RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.*, 511.

⁴⁵ ALBADALEJO GARCÍA, M. (2005). El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona. *Revista de Derecho Privado*, núm. 89, 6.

⁴⁶ ROBLES PEREA, M.A. (2005). El artículo 831 del Código civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En: M.A. Rueda Pérez (coord.). *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004. Valencia: Colegio Notarial de Valencia, 168; FLORENSA TOMÁS, C.E., *ob. cit.*, 135.

⁴⁷ GARCÍA RUBIO, M.P. (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar. En: AAVV. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXI, fascículo de enero-marzo 2008. Madrid: Ediciones del Ministerio de Justicia, 101.

⁴⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *ob. cit.*, 1129.

⁴⁹ RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.*, 516.

*Trabajo recibido el 23-4-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020*

DERECHO COMPARADO

La Orden TMA/336/2020
y el derecho de propiedad
en la época del COVID-19: (breves)
reflexiones comparativas entre el
ordenamiento español, italiano
(y supranacional)

*Order TMA/336/2020 and private
property at the time of COVID-19:
(brief) comparative reflections
between Spanish and Italian
(and supranational) legal systems*

por

MICHELE GIACCAGLIA
*Doctorando de Derecho Privado, Abogado
Università Politecnica delle Marche
Ancona (Italia)*

RESUMEN: Este breve ensayo está inspirado en las recientes medidas adoptadas durante el estado de alarma para hacer frente a la excepcional situación de pandemia COVID-19. Interesa destacar que se aborda uno de los pilares sobre el que se asienta el edificio de nuestro sistema de mercado,

a saber, la propiedad privada, desde la visión de dos de los ordenamientos jurídicos europeos que más han sufrido la pandemia, Italia y España. En esta última, con ocasión de la Orden TMA/336/2020, emitida por el gobierno español el 9 de abril de 2020 para preparar, entre otras cosas, un programa de ayuda para víctimas de violencia de género, para personas desalojadas de su residencia habitual, para personas sin hogar y para personas particularmente vulnerables. Se cree que esta disposición planteó inmediatamente una controversia (innecesaria), incluida la oposición del gobierno, debido a una lectura errónea y superficial. Después de examinar brevemente la mencionada Orden y su artículo 4, párrafo 3, se intentará ofrecer una reconstrucción comparativa de la evolución del derecho de propiedad en los sistemas italiano y español, analizando la función social contenida en los textos constitucionales de los dos países. El objetivo es demostrar cómo el gobierno, en cumplimiento de la legitimidad constitucional y, en particular, del interés general, bien podría haber tenido la posibilidad de expropiar propiedades pertenecientes a particulares. En el sistema español, de hecho, así como en el italiano, existen leyes especiales que regulan en gran medida estos casos.

ABSTRACT. This short essay is inspired by recent measures taken during the emergency to deal with the exceptional COVID-19 pandemic situation. It is interesting to note that these measures interest one of the pillars on which the construction of our market system is based, which is private property, from the point of view of two of the European legal systems that have suffered the most from the pandemic, Italy and Spain. In the latter, the recent Orden TMA/336/2020, was issued by the Spanish government on April 9 in order to prepare, among other things, a program of aid for victims of gender-based violence, for people evicted from their habitual residence, for the homeless and for particularly vulnerable people. Article. 4, paragraph 3 of this provision immediately raised (unnecessary) controversy, also from the government opposition, due to, it is believed, an erroneous and superficial reading. After briefly examining the aforementioned Orden and its artículo 4, paragraph 3, an attempt will be made to offer a comparative reconstruction of the evolution of property law in the Italian and Spanish systems, by analyzing the social function contained in the constitutional texts of the two countries. The aim is to demonstrate how the government, in compliance with the constitutional legitimacy, and in particular the general interest, could well have had the possibility of expropriating properties belonging to private individuals. In the Spanish system, in fact, as well as in the Italian one, there are special laws that largely regulate these cases.

PALABRAS CLAVES: Orden TMA/336/2020. Derecho de propiedad. Límites. Vivienda. COVID-19. Ordenamiento jurídico español. Ordenamiento jurídico italiano. Ordenamientos jurídicos supranacionales.

KEY WORDS: *Order TMA/336/2020. Private property. Limits. Living place. COVID-19. Spanish legal system. Italian legal system. European legal system.*

SUMARIO: I. PREMISA. — II. LA ORDEN TMA/336/2020. ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?—III. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ESPAÑA Y EN ITALIA: 1. ... EN LOS CÓDIGOS CIVILES. 2. ... EN LAS CONSTITUCIONES. 3. ... EN LAS CARTAS DE DERECHOS EUROPEAS E INTERNACIONALES.—IV. PROPIEDAD, INTERÉS GENERAL Y UTILIDAD PÚBLICA: 1. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN. 2. PROPIEDAD Y REQUISICIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRO-
NOLÓGICO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PREMISA

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró la enfermedad del *Crown Virus Disease* (llamada COVID-19) como una pandemia.

Obviamente, su rápida propagación ha impuesto, entre otros¹, a países como Italia, primero, y España, posteriormente, la necesidad de planificar una reacción inmediata. Lo que inicialmente tuvo lugar mediante la adopción de una serie de medidas de confinamiento y distanciamiento social², seguidas de restricciones cada vez mayores, que condujeron a la interrupción (casi) completa de todas las actividades laborales, económicas, productivas y recreativas de numerosos sectores³.

La grave crisis sanitaria, que saturó muchos de los hospitales públicos y privados de los dos países hasta el colapso, ha tenido consecuencias igualmente devastadoras para la economía, cuyo impacto ya ha provocado, y provocará, en el futuro, pérdidas muy significativas en los ingresos para familias, autónomos y empresas. Consecuencias a las cuales, aunque de momento no parece haber sucedido, la Unión Europea deberá hacer frente actuando de manera estratégica y unitaria.

De hecho, el impacto que terminará teniendo la situación de emergencia actual dependerá, en gran medida, de la movilización de recursos nacionales y de la Unión Europea y de la coordinación entre las políticas presupuestarias, monetarias y financieras⁴.

II. LA ORDEN TMA/336/2020. ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?

Entre las diversas medidas adoptadas por el gobierno español para hacer frente a esta emergencia, la que queremos evaluar cuidadosamente, para luego desarrollar una serie de consideraciones más amplias, es la Orden TMA/336/2020, del 9 de abril de 2020, que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto Ley de 31 de marzo de 2020, número 11⁵, ha establecido varias medidas para hacer frente a los efectos económicos y sociales causados por la pandemia⁶.

Entre ellas, en el artículo 4, titulado «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», un programa de ayuda que tiene como objetivo proporcionar una solución de vivienda inmediata a las personas víctimas de violencia de género, personas desalojadas de su residencia habitual, personas sin hogar y otras personas particularmente vulnerables, que son beneficiarios, de conformidad con el artículo 4, párrafo 2, de dichas ayudas, junto con administraciones públicas, empresas públicas y sin fines de lucro, economía colaborativa o entidades similares, siempre sin fines de lucro, cuyo propósito es proporcionar una solución de vivienda. Los siguientes párrafos del artículo 4 en los comentarios regulan el importe⁷, la duración⁸ y los métodos de pago⁹ de dicha ayuda.

En este caso, a provocar el «*strepitus fori*»¹⁰ ha sido la última parte del artículo 4, párrafo 3 de la Orden TMA/336/2020, que establece que «Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla pondrán a disposición de la persona beneficiaria¹¹ 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».

Ahora, incluso no siendo posible guardar silencio sobre la escasa lucidez legislativa manifestada por el legislador, que emitió una norma definitivamente confusa y, quizás, también superflua¹², debe recordarse que la tarea del jurista es la de interpretar la ley, y no de limitarse a cuestionar las faltas de virtuosismo técnico, para que sea posible mantener el sistema jurídico intacto y funcional incluso cuando a este se le agreguen «piezas» innecesarias, o incluso imperfectas.

Interpretar, se ha dicho. Lo que viene a significar, en sentido amplio, el «conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para

aplicar el derecho» (DÍEZ-PICAZO, 1970, 719). Y para hacer esto, el Código civil español establece, con el fin de limitar la libertad del juez que de otro modo sería muy amplia y podría exceder en el arbitrio, una serie de reglas. Una de estas se encuentra en el capítulo II del título preliminar del Código civil, dedicado a la «Aplicación de las normas jurídicas»¹³. El artículo 3, párrafo 1, establece que «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*».

Una disposición similar se encuentra en el sistema legal italiano, donde hay una norma que se dedica expresamente a la interpretación de la ley. El artículo 12 de las «*Disposizioni sulla legge in generale*»¹⁴, titulado «*Interpretazione della legge*» establece que «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*» (BETTI, 1971, 261 y sigs.; QUADRI, 1974, 249 y sigs.).

Sin necesidad de profundizar en el complejo sistema de la interpretación del derecho¹⁵, es suficiente para nosotros detenernos en la regla que llama la atención inmediatamente al emprender el estudio de los dos artículos ahora mismo mencionados. Por un lado, se habla del sentido propio de las palabras, en relación con el contexto; por el otro, se habla del *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*. En fin, la que generalmente se conoce como interpretación literal. Ahora bien, es oportuno aclarar que en ningún caso se quiere afirmar que esta técnica de interpretación prevalece sobre las otras, o que no pueda ser necesario recurrir a múltiples técnicas interpretativas, incluso si la norma es suficientemente clara. Simplemente, en nuestra opinión, en este caso, no surge ninguna cuestión que impida interpretar la norma según el sentido de las palabras que esta contiene, y valorando la conexión entre ellas.

En la primera parte del tercer párrafo se establece, a cargo de las comunidades autónomas, el deber (*pondrán*) de atribuir a las personas individualizadas como beneficiarios de una vivienda de titularidad pública, o una vivienda privada cedida por el propietario privado a la Administración, para que esta sea ocupada en unos de los regímenes que prevé la normativa vigente (entre ellos, la norma menciona el alquiler y la cesión de uso). La segunda parte del mencionado párrafo extiende, además, la aplicación de dicha ayuda a viviendas de titularidad privada o cualquier alojamiento susceptible de ser ocupado, siempre y cuando no sea viable un recurso

del primer tipo. Lo que no significa que la Administración pública pueda intervenir sobre la propiedad privada contra la voluntad del propietario.

Y esto se afirma porque, a pesar de que la norma utiliza la forma pasiva del verbo ocupar¹⁶ en referencia a la vivienda particular, el sintagma final «en los mismos regímenes» deja claro que esta ocupación se desenvolverá respetando el marco jurídico español. De hecho, los regímenes de los cuales se habla son todos aquellos (conjuntamente al alquiler y a la cesión de uso) «de ocupación temporal admitido[s] en derecho»¹⁷, a los que se refiere la primera parte del párrafo 3, es decir, por hacer un ejemplo, además de los que menciona el artículo 4, el usufructo, el uso o la habitación, todos los derechos reales sobre cosa ajena regulados por el Código civil español.

Entonces, cuando habla de «ayuda» la normativa parece entender, indistintamente, o la cesión de una vivienda pública, o, cuando se trate de una vivienda privada, la posibilidad de pagar directamente el coste del alquiler o de la ocupación de esta.

Además, tal lectura de la norma parece poder ser confirmada también según una interpretación teleológica, es decir, según la «finalidad» a la que se refiere el artículo 3, párrafo 1 Código civil español y la «*intenzione del legislatore*» del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano. De hecho, si la *ratio legis* puede ser fácilmente individuada en la voluntad de proporcionar una solución habitacional a personas en situaciones de desventaja, no se entendería cómo la ayuda de la Administración pública no podría ser destinada a soluciones de alojamiento en viviendas privadas.

Cabe añadir una ulterior reflexión. Si el artículo 4 hubiese introducido una modalidad de intervención sobre la propiedad privada independientemente de la voluntad del propietario, la que, por cierto, no puede faltar cuando se habla de derechos reales sobre cosa ajena u derechos personales instituidos mediante contrato, se trataría de una especie de expropiación forzosa y eso, a pesar de que el propietario sería, de todas formas, tutelado (ya que, siempre y cuando el Estado determinase necesaria la expropiación forzosa de algún bien inmueble, deberá hacerlo tal y como indican la Constitución y la jurisprudencia constitucional, es decir, alegando «*causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*», o lo que es lo mismo, a través del cauce del expediente de expropiación forzosa. En caso contrario, y de no proceder según lo establecido en la Ley, el propietario tendría reservadas las acciones de ocupación ilegal y de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados), supondría dos evidentes complicaciones.

La primera, involucra la legitimidad constitucional de la orden ministerial, ya que se trataría de un acta en pleno contraste con lo que disponen los artículos 33 y 53, párrafo 1 de la Constitución, mediante los cuales se

instituye una reserva de ley formal, lo que viene a significar que el derecho a la propiedad privada solo puede ser regulado por ley y, además, esta deberá respetar el contenido esencial del derecho mencionado, y con el mismo fundamento de la potestad reglamentaria, que se encuentra en el artículo 97 y en el artículo 103, párrafo 1 de la Constitución, normas que atribuyen al Gobierno el ejercicio de dicha potestad de acuerdo con la Constitución y las leyes, y que establecen que la Administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Lo que viene a significar que mediante reglamentos no se pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas de ese rango.

La segunda complicación concierne la admisibilidad de recurrir tal orden ministerial ante el Tribunal Constitucional español. El artículo 161 de la Constitución española, de hecho, circunscribe la competencia de dicho Tribunal al conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, lo que exceptúa las órdenes ministeriales. Así como no es posible expedir el recurso de amparo, lo cual es limitado a las vulneraciones de los derechos recogidos en los artículos de 14 a 29 y 30, párrafo 2 de la Constitución. Lo que implicaría la necesidad de recurrir, ante el juez administrativo, cada acto realizado en aplicación de la orden y que infringiera los derechos de los propietarios.

Una vez analizado brevemente el artículo 4 de la Orden TMA/336/2020, se puede intentar profundizar en el examen de los argumentos señalados.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ESPAÑA Y EN ITALIA

Se ha dicho que el derecho a la propiedad habría adquirido un carácter central en esta discusión. Esto para recurrir, rápidamente, a su evolución histórica, su contenido y sus límites, verificando si, y cuándo, su comprensión puede ser justificada. De tal manera que sea posible entender si las preocupaciones demostradas después de la promulgación de la mencionada Orden están justificadas, o si se trata de una controversia infructuosa, ya que existen diferentes herramientas que el Estado tiene a disposición para lograr sus objetivos en el contexto de la «solución habitacional».

Hay que admitir que, tal vez, pueda parecer una disertación poco actual hoy en día, ya que los textos constitucionales, así como los Códigos civiles, tanto español, como italiano, se remontan a varios años atrás¹⁸. Por otra parte, numerosas y muy refinadas son las páginas escritas por ilustres juristas sobre el derecho a la propiedad¹⁹.

Dirigir un discurso sobre dicho derecho requiere proceder de la mano con el examen de la evolución histórica de la sociedad²⁰ (PÉREZ ÁLVAREZ, 2014, 19 y sigs.). Esto justifica las menciones que se encuentran dispersas en

el texto donde se realiza la reconstrucción histórica del instituto tanto en el párrafo dedicado a los textos constitucionales como en el aquel dedicado a los Códigos civiles.

La necesidad de que, en ciertas situaciones, prevalezcan diferentes necesidades en comparación con las de la propiedad también justifica el breve análisis de las razones subyacentes a la comprensión de estos derechos (función social, interés público, interés general) y de las modalidades con las cuales se lleva a cabo tal comprensión: es decir, entre otras, la expropiación y la requisa.

Al contrario, no será una cuestión que trataremos la de la ocupación temporal ya que, en lo que respecta al sistema español, este procedimiento está expresamente excluido con respecto a la vivienda (art. 109 Ley de Expropiación Forzosa de 16 de noviembre de 1954. En adelante LEF), mientras que, con respecto al ordenamiento italiano, la ocupación temporal de inmuebles se permite solamente en cuanto procedimiento preparatorio de la expropiación y, por lo tanto, es una disposición ablativa que persigue el mismo resultado, pero con un *iter* diferente respecto al ordinario.

1. ... EN LOS CÓDIGOS CIVILES

Cualquier estudiante de derecho es consciente del hecho de que, en la jerarquía de las fuentes, las Constituciones juegan un papel apical, a pesar de que, cabe recordar, el derecho comunitario, así como su aplicación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, produce efecto directo y goza de primacía sobre el derecho tanto de España como de Italia. Esto ha sido posible, en el primer caso, gracias al artículo 93 de la Constitución española, y en el segundo caso, en principio gracias al artículo 11 de la Constitución italiana, y luego por el trámite del nuevo artículo 117.

De todas formas, los textos constitucionales mantienen, debido a la distinción fundamental entre normas constitucionales, por así decir, ordinarias y superordinarias, un conjunto de principios fundamentales que, por su naturaleza, no pueden ser sometidos por el ordenamiento comunitario²¹. Entonces, la precedencia que se atribuye al breve análisis del derecho a la propiedad, así como disciplinado en los Códigos civiles, se debe a dos criterios.

Uno, el primero, es de tipo exquisitamente temporal, ya que la codificación civil ha precedido aquella constitucional tanto en España como en Italia, teniendo en cuenta, obviamente, como dicho antes, los textos constitucionales de la España democrática y de la Italia unificada.

Otro, el segundo, está relacionado con el hecho de que los Códigos civiles de los siglos XIX y XX eran actos normativos que ya encarnaban, se permita decirlo, una especie de «constitución» (GIORGIANNI, 1961, 398 y

sigs.). De hecho, su contenido consistía en la formalización de un conjunto de ideas, de origen liberal, nacidas con la Revolución Francesa, las cuales delimitaron el espacio de acción de los Estados atribuyendo un valor absoluto y casi intocable a la autonomía privada y a los bienes de los individuos, así tutelándolos contra el poder del Estado. El fin, en definitiva, era aquello «de crear un poder absoluto (la propiedad) capaz de limitar aquel otro poder absoluto que detentaba el soberano» (COLINA GAREA, 1998, 103-104).

Esta función, por supuesto, ha sido hoy asumida por esa rama del derecho público que se llama derecho constitucional, ya que las sociedades han estado cambiando rápidamente, y, por un lado, los organismos intermedios (asociaciones, sociedades, empresas colectivas) han ido reemplazado la importancia absoluta del individuo y, por otro lado, el Estado, en su sentido moderno, comenzó a asumir una gama cada vez más amplia de funciones, hasta ese momento delegadas a los particulares.

Resumiendo, el derecho privado pasó de ser un estatuto que protege al individuo, su voluntad y sus bienes del poder del príncipe a un conjunto de reglas que regulan las actividades humanas (individuales y, sobre todo, colectivas)²².

Lo que confirma la relevancia no (solo) rigurosamente legal del derecho a la propiedad, ya que su contenido y su evolución están estrechamente vinculados con la evolución de la sociedad. Lo que nos lleva a coincidir con quien afirma, correctamente, que la propiedad se puede definir como «una figura primordial en la vida humana, [...] en la medida en que patentiza el vínculo íntimo que constantemente y de manera imprescindible mantiene el hombre con la naturaleza a fin de lograr de ella, mediante la cabal aplicación de su actividad [...], los rendimientos, aprovechamientos y utilidades de que es susceptible» (RIVERA SABATÉS, 2013, 232).

Antes de proceder al examen de los artículos de los Códigos civiles español e italiano, son necesarias dos premisas, una terminológica y una histórico-sistemática. La primera concierne al hecho de que, en el curso de esta discusión, el sustantivo «absoluto» y el adjetivo «absoluto» se utilizarán varias veces con referencia al derecho de propiedad. Lo que nos obliga, entonces, a hacer un poco de claridad. El derecho de propiedad ha perdido hoy en día este carácter cada vez que se pretende con ello describir un derecho subjetivo que no puede tolerar ningún límite. De otra forma, si bien se hace referimiento al poder de excluir a cualquier otra persona que no sea el dueño del goce y de la posibilidad de disponer de la cosa, entonces el mencionado derecho sigue conservando esta característica²³, entre otras²⁴. Cuando se hace referimiento al derecho a la propiedad en la ideología liberal-burguesa, el término se utiliza en el primer sentido, aunque se hará mención del hecho de que lo más probable es que tal derecho nunca haya poseído tal carácter, por lo menos en el sentido más puro indicado.

La segunda premisa nos obliga a admitir que aquí no será posible, por razones obvias de espacio y tiempo, investigar a fondo el cambio que ocurrió en los artículos 348 Código civil español y 832 Código civil italiano con respecto a una visión más arcaica de la propiedad. Sea suficiente, pero, para dar una idea de lo que se quiere aludir, citar, por una parte, el artículo 17 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, según el cual «*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*» y, por otra, el pensamiento de uno de los grandes juristas del siglo XVIII, Gaetano Filangieri, según el cual «*[s]e un campo è mio, io posso consacrarlo alla sterilità, e il decoro della proprietà richiede che la legge mi permetta, riguardo a quest'oggetto, d'essere cattivo cittadino: poichè, se essa mi toglie questa libertà, se essa mi comanda di coltivarlo, e di coltivarlo a suo talento, io non sono più il padrone del mio fondo, in non sono che un amministratore dipendente dalla volontà di un altro*» (FILANGIERI, 1855, 840). Lo que nos hará comprender cómo esta visión, de derecho sacro, inviolable hasta el punto de poder destruir su objeto, ya había cambiado parcialmente en la idea de los codificadores español y, sobre todo, italiano, que habían llevado a cabo una «reelaboración»²⁵, entregada a nosotros en los Códigos civiles, del derecho de propiedad como un derecho, sí subjetivo, pero que tiene un contenido patrimonial, y no extrapatrimonial²⁶, y que queda sometido a límites más amplios respecto al pasado, ya que, como debe recordarse, el derecho de propiedad, incluso en su mayor extensión, siempre ha sido objeto de límites. Sea suficiente llamar a la atención del lector los principios del orden público o el de los *boni mores*, aparte de una legislación que desde hace ya más de dos siglos somete el dominio del propietario a una serie de compresiones que socavan la visión que la ley natural le ha dado²⁷.

Para demostrar lo que se acaba de decir, podemos pasar al examen de las normas.

Tomemos, por un lado, el título II del libro II del Código civil español, intitulado precisamente «De la propiedad», en donde el artículo 348 regula propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes [...]» y, por otro lado, el Título II del Libro III, intitulado «*Della proprietà*», en donde el artículo 832 del Código civil italiano, aparte de una modificación de la perspectiva del aspecto objetivo del (contenido del) derecho al aspecto subjetivo relacionado con los poderes del propietario, contiene una definición similar: «*Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*».

Con respecto a las observaciones de Gaetano FILANGIERI, que mencionamos anteriormente, se puede ver en la lectura del artículo 348 cómo

el derecho de propiedad sigue siendo, como en el abrogado Código civil italiano de 1865²⁸, un derecho de origen, y contenido, claramente liberal, que encuentra, pero, un límite en las leyes y, por lo tanto, en las evaluaciones que el Estado hace (entre otras cosas) de las necesidades de la comunidad o de un único individuo, que pueden preponderar respecto a aquellas del propietario. Con respecto, en vez, al artículo 832, sin embargo, nos parece claro que el mayor desapego de la idea liberal pura de propiedad parece haberse manifestado en el Código civil italiano, circunstancia debida, parece poder afirmarse sin miedo a ser desmentido, al hecho de que el Código civil italiano moderno ha sucedido al Código civil español de medio siglo, y por eso su definición es más acorde con esos tiempos.

La parte final del artículo 832 del Código de 1942, de hecho, habla de límites, y sobre todo de obligaciones, establecidas por el ordenamiento jurídico, mientras que el artículo 436 del Código civil de 1865 se limitaba, como hace el Código civil español, a hablar de límites de la ley. La referencia a las obligaciones, en lugar de solo a las prohibiciones, parece introducir un límite positivo con respecto al límite negativo propio del pasado, sin olvidar, además, que la referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto hace que la norma pueda adaptarse mejor a la capacidad de mutabilidad de ello²⁹ (RESCIGNO, 1988, 269 y sigs.).

Téngase en cuenta, además, que el derecho de propiedad del código español no tenía, según el artículo 350, ningún límite, en pleno respeto del brocardo latino *usque ad sidera, usque ad inferos*, mientras que el Código civil italiano (art. 840) no permite que el propietario se oponga a actividades de terceros que tengan lugar a tanta profundidad en el subsuelo o a tal altura en el espacio que no perjudiquen los intereses del propietario³⁰.

Lo que hemos dicho, sin embargo, no debe llevarnos a tergiversar el significado de la codificación del derecho de propiedad. Esto sigue siendo, en nuestros códigos, un derecho absoluto, inmediato y exclusivo que, no habiendo alcanzado todavía la cláusula general de la función social³¹, aún permanece atado a la dimensión egoísta e individualista propia del derecho subjetivo³², así como fue concebido en la época liberal burguesa.

Pasando rápidamente al análisis de las normas³³, ambas establecen como contenido del dominio dos facultades: gozar y disponer. El goce puede concebirse como la facultad de usar y explotar un bien, ya sea directamente, obteniéndose frutos naturales (se piense a la cosecha), o indirectamente, atribuyendo el disfrute directo a otros individuos en forma de derecho personal, de manera que serán obtenidos frutos civiles (se piense al alquiler).

El propietario tiene la posibilidad de disfrutar de la propiedad de inmediato, sin la intermediación de otros. Hablando de disponer, entonces, el legislador se refiere al derecho de disposición y por consecuencia a los

actos de disposición, es decir, a todos aquellos que implican un cambio en la consistencia del patrimonio del disponente.

Como hemos visto, ya con la codificación civil (o al menos la italiana) se afirma una concepción de propiedad diferente, no absoluta, es decir, la de un derecho que puede estar sujeto a una serie de límites³⁴ que se proporcionan tanto para satisfacer intereses públicos, entre los cuales los más importantes son los que se refieren a la propiedad urbana edificable y los que afectan a la propiedad rústica cultivable, pero también están previstos muchos más, que conciernen, entre otras cosas, la protección del patrimonio histórico artístico, la defensa nacional, la explotación de las minas y la navegación, cuanto para satisfacer intereses privados: más concretamente, los Códigos civiles español e italiano contienen varias normas que regulan las relaciones de vecindad, los actos de emulación y la disciplina de las inmisiones³⁵.

Entre estos límites, ahora, estamos particularmente interesados en centrarnos en dos en particular, que se mencionarán aquí pero posteriormente se analizarán de manera sucinta en los párrafos 4.1 y 4.2. Nos referimos a la expropiación y a la requisición, procedimientos administrativos que, por supuesto, son entregados, por su disciplina específica, a leyes especiales.

En lo que a nosotros respecta, habiendo aquí tratado de la codificación civil, debemos mencionar el artículo 349, párrafo 1 Código civil español, única norma de este aparato normativo que se ocupa de lo que viene a ser definido como privación de la propiedad³⁶, y lo hace estableciendo que «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización», así enmarcando los elementos fundamentales que unen las figuras jurídicas antes indicadas: i) la atribución a la autoridad administrativa del poder en cuestión; ii) la existencia necesaria de un interés supraindividual que viene a ser reconocido en una causa de pública utilidad, y iii) la previsión necesaria de una compensación para el propietario que sea privado de su derecho³⁷.

Por otro lado, la disciplina general contenida en el Código civil italiano es más detallada y clara. De hecho, el legislador tuvo en cuenta tanto la expropiación como la requisición, así como, en general, algunas limitaciones hacia actividades productivas específicas, o para obviar al abandono de ellas, o en virtud de la necesidad de proteger el patrimonio cultural y artístico italiano³⁸. Para atenernos al tema que nos interesa aquí, el artículo 834, titulado «*Espropriazione per pubblico interesse*» al párrafo 1 establece que «*Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità*» (LANDI, 1966, 806 y sigs.). De las requisas se ocupa el siguiente artículo, 835, el cual establece que «*Quando ricorrono gravi e urgenti necessità pubbliche, militari o civili, può essere disposta la requisizione*

dei beni mobili o immobili. Al proprietario è dovuta una giusta indennità» (LANDI, 1968, 152 y sigs.). Como se informó con respecto al Código civil español, consideraciones similares también se aplican a las mencionadas normas italianas. De hecho, no solo la legislación identifica los requisitos suficientes y necesarios para proceder a la privación de la propiedad privada, sino que, además, al remitir, como oportuno, a la legislación especial la disciplina específica, estas reglas han sido reemplazadas por esta última.

Antes de continuar, se puede señalar que también en este caso el Código civil español parece demostrar su formulación más antigua con respecto a aquella italiana, ya que no existen otras reglas además de la muy general contenida en el artículo 349.

2. ... EN LAS CONSTITUCIONES

También para comenzar el examen de las disposiciones constitucionales³⁹ que se ocupan de los derechos de propiedad, es necesario hacer una breve premisa, y en primer lugar recordar que, aunque aquí no se podrá profundizar el tema, como el advenimiento de las Constituciones no puede reducirse (solo) a lo que se menciona en el texto, ya que esto mantiene un enfoque sobre los aspectos económicos y jurídicos de la propiedad. No se puede olvidar pero que, al menos con respecto a las Cartas democráticas (1978 y 1942), estas fueron sabiamente construidas como «fortalezas», cuyo propósito era evitar, sobre la base de la dramática experiencia de décadas de dictadura que vivieron España y Italia, que pudiese verificarse otra vez la destrucción y el pisoteo de la vida humana y de su dignidad que ocurrió durante esos años.

Volviendo a nuestro tema, como cualquier cambio significativo en el universo jurídico, el que condujo a las fórmulas constitucionales españolas e italianas del derecho de propiedad se basa en los estudios y el trabajo de una generación de juristas, entre ellos, muchos de los que hemos aquí citado.

Con el aumento de los límites establecidos por parte del Estado⁴⁰ al ejercicio del derecho de propiedad, y con la colocación cada vez más consciente entre los derechos de naturaleza patrimonial, la doctrina comienza a dudar de la inviolabilidad de este derecho y de su estrecha correlación con la dignidad y libertad de la persona humana⁴¹.

La brecha entre la propiedad, así como definida en los Códigos civiles, y su definición en las Constituciones es amplia.

El artículo 33 de la Ley Fundamental española establece que «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 social⁴², mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»⁴³ (AGUILERA VAQUÉS, 2018, 711 y sigs.).

Muy similar el artículo 42 de la constitución italiana, según el cual «1. *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.* 2. *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.* 3. *La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.* 4. *La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità»*⁴⁴ (RODOTÀ, 1982, 62 y sigs.).

En este caso parece apropiado comenzar haciendo una verificación de tipo «sistemático» de las normas, es decir, resaltando su ubicación. El artículo 33 ha sido incluido en el título I de la Carta, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, en el capítulo II, de los derechos y libertades, pero no en la primera sección, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», sino en la segunda, «De los derechos y deberes de los ciudadanos».

Una discusión similar debe hacerse con respecto a la Constitución italiana, que se refiere al derecho de propiedad, y no es sorprendente, en la parte I («*Diritti e doveri dei cittadini*»), Título III («*Rapporti economici*»). En este caso, además, creemos necesaria una nota adicional que se refiere exclusivamente a la Constitución italiana. El mencionado artículo 42, en su primer párrafo, que aparentemente parece menos relevante para el razonamiento que se está desarrollando aquí, afirma que la propiedad es pública o privada. El hecho de que la jerarquía entre el interés público y el interés privado ha cambiado es evidente (también) si se examina esta elección, es decir, a través de la voluntad de colocar la propiedad pública antes que la privada.

Entonces, si por un lado se puede concordar, debido a la inclusión del derecho de propiedad en la Carta constitucional con quien afirma que «[l]a propiedad privada ha ocupado siempre, y sigue ocupando, un lugar central [...] porque entre los presupuestos en que este se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada» (DÍEZ-PICAZO, 2003, 448), por otro lado está claro que la transformación de la propiedad de derecho fundamental, considerado inviolable, a derecho patrimonial de naturaleza exquisitamente económica, además conformado por el Estado, ahora puede considerarse completa. Sin embargo, no debe olvidarse que, en España, una concepción similar de la propiedad, que podría definirse «social», también estaba contenida en la Constitución de 1931⁴⁵.

Pasando rápidamente al análisis de las normas, debe señalarse de inmediato cómo en ambas ha sido utilizado el verbo «reconocer»⁴⁶. Y esto

«complica las cosas». Porque, dado que no es posible atribuir a la elección terminológica del legislador una aleatoriedad que ciertamente no le pertenece, hay que tomar nota del hecho de que las constituciones española e italiana atribuyen claramente al derecho de propiedad el valor de un derecho preexistente a su enunciación formal. Lo que, pero, no nos puede llevar a sostener que sea inmutable e inviolable, sino más bien, nos favorece *«l'idea di un diritto aderente alla mutevole natura e alle mutevoli esigenze dell'uomo immerso nella società, di un diritto in questo senso scritto nel cuore dell'uomo»* (SANTORO-PASSARELLI, 1972, 955).

Pero el elemento fundamental y más debatido, además de lo que se ha dicho hasta ahora, es lo que el legislador constitucional ha colocado junto al derecho de propiedad, esa es la fórmula de la «función social»⁴⁷ (RODOTÀ, 1982, 111 y sigs.). Se trata de una fórmula con la cual, empezando por la Carta de Weimar de 1919, se han intentado balancear los intereses del individuo con aquellos de la comunidad. Su inserción puede generar dudas (legítimas), ya que parecería atribuir a la ley subjetiva una función diferente a la típica, a saber, la de no satisfacer, o no solo, los intereses individuales sino también los intereses públicos⁴⁸.

Pero ¿puede la propiedad ser tanto un derecho como una función al mismo tiempo? Nos parece que la contradicción se pueda superar teniendo en cuenta que la función social no se refiere a la propiedad privada, sino más bien a los objetos de este derecho. La norma constitucional parece, entonces, establecer la necesidad de que dichos objetos del derecho de propiedad, es decir los recursos y, en general, la riqueza, tengan un destino social, que pueda beneficiar a todos, incluso cuando estén en manos privadas⁴⁹. Es esta la interpretación que legitima que la ley (mediante los poderes públicos) pueda establecer límites al derecho del propietario, y al mismo tiempo garantiza que la función social, concebida entonces como restricción externa al derecho de propiedad, no afecte la naturaleza de derecho subjetivo que este (man)tiene⁵⁰.

Además, superando el énfasis del legislador constituyente, la introducción de la fórmula mencionada tiene importantes consecuencias prácticas, ya que: i) cesa la naturaleza excepcional de las reglas que establecen límites a la propiedad privada, y estas pueden aplicarse analógicamente, y ii) se atribuye cobertura constitucional a las leyes del Estado que establecen estos límites para perseguir la función social de la propiedad (PUGLIATTI, 1954, 278).

En resumen, la Constitución reconoce y garantiza el derecho de propiedad (no como derecho fundamental, sino) como derecho económico (LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, 47 y sigs.), aunque, por supuesto, este reconocimiento no excluye que pueda haber lugar su privación.

Y esto sucede, según la Carta española, cuando haya una causa justificada de utilidad pública o interés social⁵¹, mediante el pago de una indemnización y en conformidad con las leyes, y, según la Carta italiana, en los

casos previstos por la ley, por razones de interés general⁵² y mediante el pago de una indemnización⁵³. Está claro que las dos normas son muy similares, excepto por el hecho de que la Constitución española parece tener en cuenta una gama más amplia de razones que justifican la compresión del derecho de propiedad, ya que se refiere no al interés general sino (además que a la utilidad pública) al interés social.

Cabe señalar, sin embargo, y concluyendo, que el D.P.R. 8 de junio de 2001, núm. 327 (a.d. *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*) se refiere a la «utilidad pública» y no al «interés general» del artículo 42 Constitución italiana. Mientras que la LEF utiliza la misma terminología que la Constitución española. Aunque entre las dos fórmulas, en el artículo 1 de la mencionada ley hay una «o» de disyunción, el siguiente artículo 2 parece sugerir una diferenciación entre el concepto de utilidad pública, entendida como lo que resulta de conveniente para las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición, y el interés social entendido como conveniencia para una colectividad en general.

Antes de proceder en el examen de la normativa supranacional, cabe recordar que también en las Cartas Constitucionales, así como se ha podido observar ya en los Códigos civiles, parece ser afirmada una imagen unitaria del derecho de propiedad.

De hecho, una de las cuestiones fundamentales que interesó tal derecho fue precisamente aclarar si este representaba un instituto jurídico unitario, al que siempre se aplicarían las mismas normas o, en cambio, si fuera más adecuado tomar en consideración la pluralidad de semblantes que la propiedad nos ofrece, especialmente hoy, en un ordenamiento jurídico en el que existen enormes diferencias en función del objeto del derecho de propiedad (bien de consumo o bien de producción) y del sujeto titular del mismo (público o privado).

Muchos autores (sobre todo PUGLIATTI, 1954, 152 y sigs.) han demostrado ampliamente cómo no sea oportuno hablar de un solo derecho de propiedad, sino que sea necesario tener en cuenta todas las diferentes formas de propiedad, muy diferentes entre ellas, y por lo tanto reguladas por varias leyes especiales.

Entonces, así como diferentes son los tipos de propiedades, también sus regímenes, es decir también las restricciones y los límites previstos para cada tipo serán diferentes. Es indudable que las diversas formas de propiedad deben ser reguladas de manera diferente dependiendo de si el propietario es el Estado o un particular, o si el objeto de la propiedad es un bien de consumo, o un inmueble urbano, o un predio rústico.

Esta interpretación del derecho de propiedad como pluralidad de conceptos e institutos permite, junto con la disposición de la cláusula de la

función social, identificar una disciplina diferente y más adecuada según el sujeto u objeto del propio derecho.

No se olvide que la diversificación del dominio en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso ha sido evidenciada también por el STC 37/1987, de 26 de marzo.

3. ... EN LAS CARTAS DE DERECHO EUROPEAS E INTERNACIONALES

Merece una mención, comprensiblemente, el tema de la propiedad examinado desde una perspectiva supranacional. Específicamente, es apropiado detenerse en dos de las cartas de derechos de matriz europea más importantes, para ver como regulan dicho derecho.

En primer lugar, hay que analizar el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁴, que en su artículo 1, rubricado «Protección de la propiedad» establece que «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

En la misma línea también se mueve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵ que, en su capítulo II, dedicado a las «Libertades», con su artículo 17, rubricado «Derecho a la propiedad», establece que «1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual».

Está claro que, simplemente limitándose a tomar nota de la ubicación de las normas que se acaban de anunciar, es posible darse cuenta de cómo estas forman parte de cartas de derechos y libertades fundamentales. Además, en las dos normas no hay rastro de «función social»⁵⁶ (LÓPEZ QUETGLAS, 2006, 351), así como el artículo 17, utiliza el adjetivo «justa»⁵⁷ para definir la indemnización a pagar al propietario expropiado y, además, establece que esta debe pagarse «en un tiempo razonable», lo que nos podría llevar a afirmar que la legislación de proveniencia supranacional se pone en abierta

contradicción con el derecho a la propiedad al que hemos descrito hasta este momento⁵⁸ (NIVARRA, 2012, 63 y sigs.).

De hecho, se ha visto que, tanto en Italia como en España, la ubicación del derecho de propiedad en las Constituciones es otra, y manifiesta una concepción de la propiedad completamente diferente. Es decir, satisface la necesidad, sentida por la literatura más sensible desde hace décadas antes de su promulgación⁵⁹, de formalizar finalmente un distanciamiento significativo de las teorías liberales que habían hecho de la propiedad, en los siglos XVIII y XIX, un derecho absoluto e (casi) inviolable.

Entonces, es fácil entender como la colocación y la composición de los derechos de propiedad en el sistema legal europeo haya planteado varias perplejidades por parte de muchos juristas, que han visto en ella una vuelta atrás⁶⁰ (RESCIGNO, 2002, 325 y sigs.), y haya llevado a muchos otros a creer que ahora se puede dar por sentado que el derecho de propiedad pertenece indiscutiblemente a los derechos fundamentales del individuo⁶¹. Aunque este no puede ser el lugar para repasar las cuidadosas reconstrucciones sobre este tema, baste con señalar, por un lado, el fenómeno según el cual se sostiene, sobre la base de las normas supranacionales, que hoy se puede decir con seguridad que el derecho de propiedad ha vuelto a formar parte de los derechos fundamentales, y, por otro lado, que esta inclusión, sin embargo, no parece, como se verá, haber modificado significativamente el contenido y los límites de la propiedad, por lo menos de acuerdo con la discusión que se está llevando a cabo aquí, ya que de la naturaleza inviolable de un derecho no significa que este sea, automáticamente, irreducible o incompresible.

Para lo que concierne la jurisprudencia, parece poder afirmarse que en España el Tribunal Constitucional (entre otras, TSC de 24 de noviembre de 1987) permanece convencido de que los derechos fundamentales siguen siendo colocados solo en la sección primera del capítulo II de título I de la Carta. Sin embargo, tal vez podría argumentarse de manera diferente en Italia, ya que la jurisprudencia del supremo ha confirmado durante mucho tiempo que *«la tutela [de los derechos fundamentales] non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»* (véase Cassazione civile, SS.UU., de 11 de noviembre de 2008 núm. 26972), de esta manera, dejando la puerta abierta al reconocimiento de otros derechos fundamentales además de los que son contenidos en la Carta.

A pesar de lo que se ha dicho, sin embargo, son necesarias algunas breves elucidaciones, para comprobar si lo dicho es cierto.

En primer lugar, dado que, tanto la Carta como el Convenio son textos normativos, siempre deben leerse como un todo, evitando, a través de una lectura sistemática, que se pueda incurrir en interpretaciones parciales. Por lo tanto, el artículo 1 del Protocolo del Convenio va interpretado teniendo en cuenta lo que establece el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), según el cual «[l]os Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Además, al ampliar la vista, aunque sin referirse expresamente al derecho de propiedad, el Tratado de la Unión Europea (TUE) contiene algunos principios muy relevantes que nos ayudan en nuestra investigación. Precisamente, el artículo 4 párrafo 2 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 estos [...]».

La misma reconstrucción sistemática parece permitirse también con respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para una lectura combinada del artículo 17, son relevantes las disposiciones conclusivas de la misma, y precisamente los artículos de 51 a 54 (VIGLIANISI FERRARO, 2005, 510 y sigs.). Entre ellos, el artículo 52, párrafo 4 según el cual «[e]n la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

Resumiendo, por lo tanto, al menos según los datos positivos, el derecho de propiedad, tal como se inserta en el sistema europeo e internacional, parece ser disímil respecto a la visión de derecho inviolable que nos consigna una lectura limitada a los artículos 1 y 17 del Protocolo y de la Carta.

Y, además del resultado que se logra gracias a una lectura más amplia de este conjunto de reglas, lo que se ha dicho puede someterse a la contra prueba de la aplicación práctica, dado que la producción jurisprudencial, además, en lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tiene exactamente el mismo valor que las fuentes escritas. En esencia, aunque no se quiere eliminar la importancia del trabajo teórico, esto carecería de eficacia concreta si no le correspondiera un resultado práctico. Y, de hecho, parece que incluso a nivel europeo la jurisprudencia haya demostrado quedar lejos de la idea dieciochesca de una propiedad «sagrada».

Por lo que concierne la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aquí nos limitaremos a recordar, entre otros fallos que hacen expresamente referimiento a la «función social» de la propiedad, TJUE, 22 octubre de 1991, C-44/89; TJUE, 12 julio de 2005, C-154/04 y C-154/04;

TJUE, 15 junio de 2006, C-28/05; TJUE, 9 marzo de 2010, C-379/08 y C-380/08; y, más recientemente, TJUE, 31 enero de 2013, C-12/11

A la misma conclusión parece poderse llegar también para lo que concierne el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Prueba de ello sea, ante todo, que la propia Convención reconoce un margen de discreción considerable a los Estados con referencia a los métodos concretos con los que llevar a cabo tanto la privación o limitación del derecho de propiedad, tanto con referencia a la valoración de las consecuencias legales de tal injerencia.

Con lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH, aunque sean varias las sentencias de condena por violación del mencionado artículo 1, cabe recordar cómo, según el Tribunal, la finalidad de la norma en cuestión siempre ha sido, y permanece, aquella de lograr un compromiso justo entre las necesidades de protección del interés público y las solicitudes de protección de los derechos fundamentales de las personas (véase, por tal afirmación, la Sentencia TEDH de 28 de julio de 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*).

Asimismo, el derecho a la protección de los bienes personales a menudo ha cedido frente a otros derechos fundamentales protegidos por el Convenio (véase, entre otras, Sentencia TEDH de 25 de septiembre de 1996, *Buckley c. Reino Unido*; Sentencia TEDH de 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*; Sentencia TEDH de 20 de octubre de 2016, *Vinceiychuk c. Ucrania*)

Lo que demuestra que, incluso en el sistema legal supranacional, e independientemente del hecho de que esto nace de un *humus cultural* parcialmente diferente en comparación con el de los constituyentes italiano y español, no atribuye a la propiedad un valor absoluto y predominante en comparación con los otros intereses protegidos.

IV. PROPIEDAD, INTERÉS GENERAL Y UTILIDAD PÚBLICA

Después de haber concluido este breve análisis del derecho de propiedad en los ordenamientos español, italiano y supranacional, es apropiado dedicar algunas palabras a algunos temas ante mencionados. Este pequeño paréntesis debe abrirse para que pueda aclararse que el ordenamiento jurídico español, así como el italiano, han regulado desde hace tiempo la forma de intervenir sobre el derecho de propiedad, mediante la comprésion o, incluso, la privación de este.

Acabamos de ver, en las normas examinadas, tanto las de los Códigos civiles, como las de las Constituciones y las de las Cartas de derechos europeos y internacionales, que estas contienen cláusulas generales (interés general, interés social, pública utilidad)⁶² (RESCIGNO, 1998, 1), que son

fundamento y requisito de las limitaciones al derecho de propiedad por parte de la Administración. Se trata de conceptos que, como todas las cláusulas generales, no pueden definirse con sencillez y de manera definitiva. De hecho, el uso de estas por parte del legislador constitucional otorga a la administración pública el poder de llenarlas de contenido y adaptarlas a la situación del caso concreto. Sin embargo, siempre de conformidad con las normas constitucionales y ordinarias que regulan el procedimiento administrativo y protegen los intereses en juego.

También hemos visto que, con referencia a las Cartas europeas y internacionales, los legisladores, diferentemente a la elección del constituyente español, se han limitado a hablar de «utilidad social», aunque esta divergencia «cuantitativa» no parece haber comportado una diferencia «cualitativa», en el sentido de prevenir o reducir las posibilidades de que la administración persiga propios fines interviniendo sobre el derecho de propiedad⁶³ (GONZÁLEZ PÉREZ, 1955, 257-258).

El hilo lógico que conecta estos argumentos que se irán desarrollando ahora, se debe individualizar en la solución del problema del acceso a la vivienda⁶⁴ como situación que configura una legítima *causa expropriandi*.

De hecho, una solución, respetuosa de los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad⁶⁵, podría consistir en medidas que provoquen la privación del derecho de propiedad. No se olvide que, tanto el artículo 47 de la Constitución española, lo cual afirma enfáticamente que «[t]odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», como el artículo 2 de la Constitución italiana, norma que tutela los derechos fundamentales⁶⁶, proporcionan una base normativa⁶⁷ muy sólida para cumplir con este objetivo⁶⁸.

En ambos ordenamientos, de todas formas, debe recordarse que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias coinciden en un punto. Es decir, el derecho a la vivienda no puede entenderse como un derecho subjetivo⁶⁹ (CANO BUESO, 2014, 148), sino que debe interpretarse como un principio rector de la actividad legislativa. Lo que, sin embargo, no excluye que la solución de este problema pueda confluir en las amplias fórmulas contenidas en los textos normativos analizados. Por supuesto, esto es tanto más cierto en este preciso momento histórico.

Los institutos jurídicos que analizaremos ahora tienen en común el hecho de que son utilizados en situaciones en las cuales la administración pública actúa de manera que el Estado pueda lograr sus fines sociales, económicos y políticos, siempre y cuando estos últimos tengan que prevalecer sobre los intereses individuales.

Entre esos fines sociales, económicos y políticos, como se acaba de decir, se coloca la necesidad de resolver la falta de viviendas para personas que se encuentran en contextos de emergencia social y económica, indepen-

dientemente de la legitimidad constitucional y del contenido de la Orden TMA/336/2020.

1. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN

La expropiación⁷⁰ forma parte de las que se pueden llamar «medidas de ablación» de la Administración pública. Toma la forma de la transferencia obligatoria de propiedad (u otro derecho real) de un sujeto a otro, a fin de permitir al beneficiario de la transferencia satisfacer un interés general, con o sin la transformación del bien.

Como se ha visto, tanto en España como en Italia el primer fundamento normativo de la expropiación se encuentra en la Constitución, donde, dada la cobertura constitucional del derecho de propiedad privada, hay previstos una serie de principios y requisitos para que se pueda proceder legítimamente a su privación. Es decir, dicha privación solo puede llevarse a cabo en presencia de ciertos requisitos previos y en virtud de un procedimiento regido por la ley que ofrece las garantías procesales y participativas apropiadas a la parte expropiada.

En primer lugar, entonces, se resalta la reserva legal. Otra garantía constitucional se encuentra en la previsión de una indemnización, a saber, una suma de dinero que se debe de pagar al particular como compensación por el sacrificio sufrido con la pérdida de uno de sus bienes. Finalmente, y lo que es más interesante aquí, otra condición de una expropiación legítima son las razones de interés general que la justifican.

En España la materia es disciplinada por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de noviembre de 1954 (en adelante LEF) y su Reglamento (Decreto de 26 de abril de 1957)⁷¹ (en adelante RLEF), que comprende cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos (ESCUÍN PALOP, 1995, *passim*).

En Italia la materia es hoy disciplinada por el DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327, y posteriores enmiendas y adiciones⁷², mediante el cual se regula la expropiación, también a favor de particulares, de bienes inmuebles o derechos relacionados con bienes inmuebles para la ejecución de obras públicas o de servicios públicos (LEONE, 2001, 291 y sigs.).

La expropiación normalmente se lleva a cabo en vista de la construcción de obras, edificios o estructuras de interés público y está marcada por un procedimiento administrativo que comienza con una declaración de utilidad pública por parte de la autoridad expropiadora y concluye con la emisión del decreto de expropiación, en virtud del cual es posible la presa de la propiedad privada.

Existen varias circunstancias en las cuales el legislador intentó resolver el problema de la vivienda recurriendo al mecanismo de la expropiación⁷³.

2. PROPIEDAD Y REQUISICIÓN

Un procedimiento administrativo que parece más pertinente al momento histórico que estamos viviendo es la requisita⁷⁴. Esta se encuentra entre los límites que se han mencionado con referencia al derecho de propiedad⁷⁵.

Ni la Constitución española ni la italiana se refieren directamente a ella, pero la base legal de este procedimiento se puede encontrar en cualquier caso en los límites que las Cartas ponen al derecho de propiedad y a la fórmula de la función social (SAN GIORGIO, 2012, 404).

De todas formas, la Constitución española, en su artículo 116, párrafo 1, establece que «[u]na ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes».

En el ordenamiento jurídico italiano, como se mencionó, también existe el artículo 835 del Código civil que vincula la posibilidad de requisar bienes inmuebles a la existencia de necesidades serias y urgentes, tanto civiles como militares y que se refiere, como sucede con la expropiación, por su disciplina, a leyes especiales. Este ordenamiento, cabe recordar, distingue entre la requisita en propiedad y la requisita en uso, donde en el primer caso el efecto de la medida ablativa es la privación del derecho del propietario, mientras que, en la segunda situación el fenómeno es temporáneo. Han siempre de subsistir las necesidades serias y urgentes que justifiquen la requisita.

Se trata, entonces, de una privación de la propiedad, mediante indemnización, que tiene su justificación (además que en la presencia de un interés general) en un estado de necesidad, y por eso, solo puede tener lugar en situaciones específicas, caracterizadas por la urgencia.

Aparte de bienes muebles e inmuebles, puede comprender prestaciones de servicios. Hay que señalar como existen diferentes clases de requisas acordadas por las autoridades civiles, es decir, las que se establezcan a consecuencia de graves razones de orden y seguridad pública, como una epidemia.

En España, además de lo que establece la LEF⁷⁶ hay que tener en cuenta la Ley Orgánica de 1 de junio 1981, núm. 4, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, competencia que le otorga el mencionado artículo 116, párrafo 1 de la Constitución española, y prevé, entre las medidas extraordinarias que pueden adoptarse durante el estado de alarma, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la intervención y ocupación de empresas. De hecho, el Real Decreto de 14 de marzo 2020, núm. 463, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece expresamente la adopción de estas medidas (arts. 8 y 13).

Al lado de esta regulación también se sitúa la Ley de 21 de enero de 1985, núm. 2, de protección civil, que permite la requisita temporal de bienes, las ocupaciones temporales, las transferencias coactivas y las requisas militares.

En Italia, no existe una norma general sobre las requisas, por lo que se debe hacer referencia al artículo 7 ley 20 de marzo de 1865, núm. 2248, adj. Y, a lo cual se atribuye la naturaleza de regla programática⁷⁷, y a todas las normas especiales que regulan casos específicos⁷⁸.

Cabe recordar cómo, durante la pandemia, el Decreto ley de 17 de marzo 2020, núm. 18, entre las medidas para hacer frente a la emergencia de salud, también ha previsto la requisa de hoteles, o de otras propiedades con características similares de idoneidad para alojar a personas bajo vigilancia médica.

Uno de los sectores en los que la requisa asume más relevancia es probablemente aquello relativo a la dificultad de acceso o mantenimiento del derecho a la vivienda que puede verificarse con mayor gravedad en situaciones como aquella que estamos viviendo.

V. CONCLUSIONES

Cualquier trabajo, por cuanto breve, confuso y desacertado, debe contener un párrafo dedicado a las conclusiones. Su ausencia sería percibida como un fracaso, algo que demostraría como no se pudo llegar a cuanto previsto por el autor.

Se dijo que el propósito de esta contribución era tratar de proporcionar al lector una perspectiva general sobre una de las recientes medidas adoptadas durante el estado de alarma para hacer frente a la excepcional situación debida a la pandemia COVID-19, la Orden TMA/336/2020.

Ahora se puede admitir que esta fue más bien una excusa, un subterfugio, por así decirlo. El texto de la norma parece, de hecho, lo suficientemente claro para no plantear dudas para el intérprete que no se haga guiar (también) por motivaciones ideológicas o políticas. Y, en cualquier caso, si lo que se ha dicho aquí sobre la mencionada orden fuera inexacto, el ordenamiento jurídico español, así como el italiano, está equipado para eliminar de su interior las normas que contrastan con los principios y las reglas fundamentales que contribuyen a formarlo.

En realidad, nos parecía relevante reiterar un concepto del derecho a la propiedad como interés que puede, y debe, sucumbir o ser limitado cuando se enfrenta, en situaciones específicas, a otros intereses preponderantes. Especialmente en vista de un panorama regulatorio europeo que parece ir en contra de los logros legales y sociales de las últimas décadas.

El objetivo principal era, entonces, verificar que el derecho de propiedad, fundamental o no, sigue sucumbiendo cuando entran en juego intereses prevalecientes, propios de la colectividad. Y esto a pesar de la controversia de que una orden ministerial puede haber planteado.

De hecho, en los próximos años, como sucedió inmediatamente después de la grave crisis financiera de 2007, es razonable (desafortunadamente) esperar un empeoramiento de la situación de una gran parte de la población, que se verá afectada por las consecuencias (económicas) de la pandemia.

Por eso es importante no olvidar cómo la Administración pública, en cumplimiento de la legitimidad constitucional y, en particular, del interés general, tiene la posibilidad de recurrir, donde sea necesario, a la privación (definitiva o temporánea) de propiedades pertenecientes a particulares.

Y el breve examen de la evolución del derecho de propiedad en dos de los ordenamientos jurídicos más sacudidos por la pandemia, y de las leyes especiales que regulan en gran medida los casos de su privación se espera haya sido útil para este propósito.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS 5418/2010 - ECLI: ES:TS:2010:5418 Sala de lo Contencioso Sección: 7 Fecha: 21/10/2010 N.º de Recurso: 3289/2009 Ponente: Juan Jose Gonzalez Rivas Tipo de Resolución: Sentencia.
- Cassazione civile, sentencia núm. 26972 del 11/11/2008 (Rv. 605494-01) Presidente: Vincenzo Carbone Ponente: Roberto Preden.
- STC sentencia 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981) ECLI:ES:TC:1981:11.
- STC sentencia 37/1987, de 26 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987) ECLI:ES:TC:1987:37.
- STC sentencia 48/2005, de 3 de marzo (BOE núm. 81, de 05 de abril de 2005) ECLI:ES:TC:2005:48.
- Corte costituzionale, sentencia 1146/1988, de 29 diciembre (G. U. 11/01/1989 núm. 2) (ECLI:IT:COST:1988:1146).
- Corte costituzionale, sentencia 213/2016 (G.U. 28/09/2016 núm. 39) (ECLI:IT:COST:2016:213).
- TJUE, C-44/89 Judgment of 22 October 1991, Von Deetzen / Hauptzollamt Oldenburg (C-44/89, ECR 1991 I-5119) ECLI:EU:C:1991:401.
- TJUE, C-154/04 y C-155/04 Judgment of 12 July 2005, Alliance for Natural Health and others (C-154/04 and C-155/04, ECR 2005 I-6451) ECLI:EU:C:2005:449.
- TJUE, C-28/05 Judgment of 15 June 2006, Dokter and others (C-28/05, ECR 2006 I-5431) ECLI:EU:C:2006:408.
- TJUE, C-379/08 y C-380/08 Judgment of 9 March 2010, ERG and others (C-379/08 and C-380/08, ECR 2010 I-2007) ECLI:EU:C:2010:127.

- TJUE, C-12/11 Judgment of 31 January 2013, McDonagh (C-12/11) ECLI:EU:C:2013:43.
- TEDH, sentencia 25 de septiembre de 1996, *Buckley c. Reino Unido*.
- TEDH, sentencia 28 de julio de 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*.
- TEDH, sentencia 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*.
- TEDH, sentencia 20 de octubre de 2016, *Vinceiychuk c. Ucrania*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA VAQUÉS, M. (2018). *Artículo 33*, en VV. AA. (2018) *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra*, I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 705-713.
- ARGELICH COMELLES, C. (2018). Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 105-124.
- ASSINI, N., TESCAROLI, N. (2003). *Manuale pratico dell'espropriazione*, Padova: Cedam.
- BARASSI, L. (1943). *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, Milano: Giuffrè.
- BARBERO, D. (1937). Osservazioni sul titolo secondo. *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 63-67.
- BASSOLS COMA, M. (1983). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 13-42.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Manual de derecho privado. Derechos reales*, Madrid: Bercal.
- BETTI, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano: Giuffrè.
- BIANCA, C.M. (2017). *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano: Giuffrè.
- BRECCIA, U. (1983). I quarant'anni del libro terzo del codice civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1983, 337-372.
- BOBBIO, G. (2004). *L'espropriazione per pubblica utilità nel recente testo unico*, Roma, Aracne.
- CACCIAVILLANI, C. (2008). *Le espropriazioni*, en F.G. Scoca (dir.), *Diritto Amministrativo*, Torino: Giappichelli.
- CANDELA TALAVERO, J.E. (2013). La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación. *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, 65-82.
- CANO BUESO, J. (2014). El derecho constitucional a una vivienda digna. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, 143-172.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1963). *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- CASTRO, S.M., MAQUEDA, S. (2014/2015). El derecho de propiedad privada y libertad económica algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, núm. 4, 77-113.

- CECCARINI, L., DI PIERDOMENICO, M. (2018). Fake news e informazione via social media. *Problemi dell'informazione*, núm. 2, 335-340.
- CICU, A. (1937). Osservazioni sull'intero progetto. *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 9-16.
- COLINA GAREA, R. (1995). *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona: J.M. Bosch.
- CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA (1939). *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma: Arte della stampa.
- CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 30, 345-385.
- CRISAFULLI, V. (1956). *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*. Milano: Giuffrè.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1991). Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas.
- (2003). *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas.
- (2006). Propiedad y Constitución, en VV. AA., *Propiedad y Derecho civil*, Madrid: Civitas.
- (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Thomson-Civitas, sobre todo 53-70 y 81-107.
- PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil*, III, *Derecho de cosas, inmobiliario y registral*, Madrid: Tecnos.
- (2012). *Sistema de Derecho civil*, III, *Derechos reales en general*, Madrid: Tecnos.
- DI RENZO, M. (1970). *La requisizione d'urgenza*, Bari: Cacucci, 36.
- DE CUPIS, A. (1986). La crisi dei «valori» del diritto civile. *Rivista di diritto civile*, 1986, 191-204.
- DONATI, F. (2018). Fake news e libertà d'informazione. *Diritti dell'uomo*, núm. 1, 49-56.
- DUGUIT, L. (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris: Felix Alcan.
- ESCUÍN PALOP, V. (1999). *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, Madrid: Civitas.
- FERNANDO NICOLAU, E. (1992). El derecho a una vivienda digna y adecuada. *Anales de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 305-322.
- FILANGIERI, G. (1855). *Scienza della legislazione*, I, Milano: Soc. Tip. de'Classici Italiani.
- FINZI, E. (1923) Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà. *Archivio Serafini*, 52-75.
- FRANCESCHELLI, V. (2019). Fake news e social networks: riflessi sul diritto d'autore e concorrenza. *Il diritto industriale*, núm. 2, 141-146.
- GAMBARO, A. (2010). Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà. *Rivista di diritto civile*, 115-132.
- GARCÍA CANTERO, G. (2010). ¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 74, 491-510.

- GARCÍA COSTA, F.M. (2007). El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. *Criterio jurídico*, núm. 7, 281-294.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1987). *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1987). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas.
- (2001). La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 251-270
- GARCÍA SANZ, R.M. (2019). La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales. *Revista de derecho político*, núm. 106, 77-104.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2018). Desafíos jurídicos derivados de las soluciones propuestas para afrontar el problema de los desahucios de vivienda habitual. *Cartapacio de derecho*, núm. 33, 2018, 1-32.
- GIANNINI, M.S. (1971). Basi costituzionali della proprietà privata. *Politica del diritto*, 443-501.
- GIERKE, O. (1895). *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895.
- GIORGIANNI, M. (1940) *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano: Giuffrè.
- (1961). Il diritto privato e i suoi attuali confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 398-420.
- GÓMEZ-BARREDA, R. (2018). «Fake news». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 171-189.
- GONZÁLEZ-CARVAJAL SANTABÁRBARA, L. (1994). *La propiedad y su función social*, Madrid: Ediciones SM.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1955). La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 324-325, 257-288.
- GORLA, G. (1981). *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano: Giuffrè, 443
- GRASSETTI, C. (1937). Osservazioni generali ai Titoli I e II, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938, 16-18.
- GROSSI, P. (1977). *Un altro modo di possedere*, Milano: Giuffrè.
- GUARNERI, A. (1998). Clausole generali. *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino: Utet.
- GUMERSINDO DE AZCÁRATE (1878). Historia del derecho de propiedad. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 53, 465-476.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). *La propiedad y su transformación, Obras Completas*, IV, Madrid: Espasa-Calpe.
- IANNARELLI, A. (2018). *Proprietà e beni*, Torino: Giappichelli.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), y OTROS (2003). *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales*, Madrid: Dykinson, 2003.
- LANDI, G., (1966). Espropriazione per pubblica utilità, Principi generali. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.
- (1968). Requisizioni. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Utet.
- (1984). *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano: Giuffrè.

- LEGUINA VILLA, J. (1994). El régimen constitucional de la propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 9-28.
- LEONE, G. (2001). Osservazioni a margine del nuovo testo unico delle espropriazioni per pubblica utilità. *Rivista giuridica dell'edilizia*, núm. 2, 291-310.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (1988). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ QUETGLAS, F. (2006). El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 34, 335-362.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 49-91.
- MACARIO, F. (2006). *Artículo 42 (commento)*, en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet.
- (2012). *Artículo 832*, en E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.
- MARÍN GARCÍA, R., MILÀ RAFAEL, R. (2007). El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 3-33.
- MASSA PINTO, I. (2002). Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione, en *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, Giuffrè, 605-626.
- MARÍN GÁMEZ, J.A. (1998). En torno a una defensa razonable del derecho de propiedad a la luz del artículo 33 de la Constitución española de 1978: especial incidencia en la vertiente institucional. *Revista de estudios jurídicos*, núm. 1, 353.
- MARTÍN MARTÍN, S. (2017) Del fuero del trabajo al estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 335-384.
- MATTEI, U. (2013). Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà», *ivi*, 531-564.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1994). La propiedad en la nueva Ley del Suelo. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 64-130.
- MENGONI, L. (1988). Proprietà e libertà. *Rivista critica di diritto privato*, 437-446.
- MONTES PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas.
- MOREA, R. (2019). La proprietà tra funzione sociale ex artículo 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei. *Diritto e processo amministrativo*, núm. 1, 2019, 161-237.
- NICOLÒ, R. (1988). Codice civile. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 240-250.
- NIVARRA, L. (2013). La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica. *Rivista critica del diritto privato*, núm. 4, 503-531.
- OEHLING DE LOS REYES, A. (2017). El artículo 53 de la Constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1099-1136.
- NIVARRA, L. (2012). Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più: la funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese. *Questione giustizia*, núm. 5, 59-67.

- PARADA VAZQUEZ, J.R. (1991) El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, II, De los Derechos y Libertades Fundamentales*, Madrid: Civitas.
- PAUNER CHULVI, C. (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos Informativos en la red, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 297-318.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.D.P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 17-47.
- PÉREZ SOLANO, J.A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 16, 176-191.
- PERLINGIERI, P. (1971), *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, *passim*
- PISARELLO PRADOS, G. (2013). El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, 4, VI, Madrid: Dykinson.
- PUGLIATTI, S. (1942). La proprietà, en M. D'Amelio, E. Finzi (dir.), *Codice civile. Commentario*, Firenze: Barbera.
- (1954). La proprietà e le proprietà, en Id., *La proprietà nel nuovo diritto*,
- Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà, en Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè.
- QUADRI, R. (1974). *Dell'applicazione della legge in generale*, sub articolo 12, en A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice civile*. Bologna-Roma: Zanichelli.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid: BOE-CEPC.
- RESCIGNO, P. (1965). Proprietà, diritto reale e credito. *Jus*, 472-480.
- (1972). Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1-66.
- (1988). Proprietà (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 254-297.
- (1998). Appunti sulle «clausole generali». *Rivista di diritto commerciale*, núm. 1, 1-8.
- (2002). Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro). *Rivista di diritto civile*, 325-331.
- RIVERA SABATÉS, V. (2013). La propiedad privada y su índole elástica. *Foro, Nueva época*, núm. 2, 231-257.
- (2016). La propiedad privada y su función social a la luz de cien años de encíclicas (*de la rerum novarum a la centesimus annus*). *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 2, 275-296.
- RIZZO, V. (2018). Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato, en VV.AA., *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- RODOTÀ, S. (1982). Artículo 42, en G. Branca (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna: Zanichelli, 69-192.
- (2005). Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost., en M. Comporti (dir.), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, en VV. AA. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, I, BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, 1147-1175.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1976). *Ley y derecho. Interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos.
- SAINZ MORENO, F. (1990). El subsuelo urbano. *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 153-208.
- SAN GIORGIO, M.R. (2012). *Artículo 835*, en E. Gabrielli (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.
- SANTORO-PASSARELLI, F. (1972). Proprietà privata e Costituzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 953-961.
- SARRIÓN ESTEVE, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de derecho político*, núm. 100, 915-947.
- SEGURA ORTEGA, M. (2003). *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- SERNA VALLEJO, M. (2012). La Codificación civil española y las fuentes del derecho. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 11-36.
- STIPO, M. (1990). Requisizione. *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani.
- TARASCO A.L. y GIACCAGLIA, M. (2020). Facebook è gratis? «Mercato» dei dati personali e giudice amministrativo. *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 263-300.
- TORNOS MAS, J. (2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2853-2871.
- TRIMARCHI, M. (2006). La proprietà nella Costituzione europea, en G. Iudica, G. Alpa (dir.), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE, *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile* (agosto 1937-XV), Milano, 1938.
- VERBARI, G.B. (1988). Requisizione. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.
- VETTORI, G. (2010). I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisboa. *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 115-130.
- VIGLIANISI FERRARO, A. (2005). Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 503-582.
- (2016). Il diritto di proprietà è, dunque, un preoccupante derecho fundamental?. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 140-165.
- (2016). Il diritto di proprietà e la sua «funzione sociale» nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 519-540.

NOTAS

¹ El propósito de esta discusión es, como se dijo, ofrecer una reconstrucción comparativa de la evolución del derecho de propiedad en los sistemas jurídicos italiano y español. Por estas razones, el análisis se limitará a los países mencionados, lo que, por supuesto, no excluye la necesidad de evidenciar cómo la emergencia resultante del COVID-19 ha requerido, y requerirá, una acción coordinada, tanto en el marco de la Unión Europea como a nivel internacional, para tomar medidas comunes.

² Con Real Decreto de 14 de marzo 2020, núm. 463/2020 el Gobierno de España, habilitado por el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución ha declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En cuanto a Italia el 31 de enero de 2020, el Consejo de Ministros núm. 27/2020 declaró el estado de emergencia sanitaria para la epidemia de COVID-19.

³ Con respecto a España, la emergencia condujo al: Real Decreto Ley de 10 de marzo de 2020, núm. 6, que prevé medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; del Real Decreto Ley de 12 de marzo de 2020, núm. 7, que proporciona medidas urgentes para responder al impacto económico de COVID-19; del Real Decreto Ley de 17 de marzo de 2020, núm. 8, que contiene medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; del Real Decreto Ley de 27 de marzo de 2020, núm. 9, que contiene medidas complementarias, en el lugar de trabajo, para mitigar los efectos derivados del COVID-19; del Real Decreto Ley de 29 de marzo de 2020, núm. 10, que regula un permiso remunerado recuperable para los trabajadores empleados que no prestan servicios esenciales, a fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19; y, más recientemente, del Real Decreto Ley de 31 de marzo de 2020, núm. 11.

En cuanto a Italia: Decreto-ley de 23 de febrero de 2020, núm. 6, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 2 de marzo de 2020, núm. 9, que contiene medidas de apoyo urgente para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm de 8 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 9 de marzo de 2020, núm. 14, que contiene disposiciones urgentes para el fortalecimiento del Servicio Nacional de Salud en relación con la emergencia COVID-19; Dpcm 9 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica de COVID-19; Dpcm de 11 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica de COVID-19, aplicable en todo el territorio nacional; Decreto-ley de 17 de marzo de 2020 núm. 18, que contiene medidas para fortalecer el servicio nacional de salud y el apoyo económico para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica de COVID-19; Dpcm de 22 de marzo de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley de 25 de marzo de 2020, núm. 19, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 1 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 10 de abril de 2020, que estableció el Comité de expertos en asuntos económicos y sociales; Dpcm 10 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica del COVID-19; Dpcm 26 de abril de 2020, que contiene medidas urgentes con respecto a la contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19; Decreto-ley 30 de abril de 2020, núm. 28, que contiene, entre otras cosas, medidas urgentes para la introducción del sistema de alerta COVID-19. En Italia se ha debatido mucho sobre la legitimidad constitucional de

la gestión de la emergencia por parte del Gobierno, que intervino varias veces limitando las libertades constitucionales de los ciudadanos mediante decretos del Presidente del Consejo de Ministros (Dpcm). Véase M. Ainis, *Il bisticcio del potere*, *La Repubblica*, 3 de marzo de 2020; F. Clementi, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, *Il Sole 24Ore*, 13 de marzo de 2020; M. Plutino, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, *Il Riformista*, 14 de marzo de 2020.

⁴ En el periodo en el que se elaboró este artículo, en plena crisis COVID-19, aún no se habían materializado respuestas adecuadas a las consecuencias sociales y económicas del virus, probablemente porque este todavía no había afectado a (casi) todos los Países europeos. El juicio negativo sobre la acción europea que se desprende del texto, hoy en día, no parece poder ser confirmado, teniendo en cuenta que al MEDE, al SURE, al BEI y al Recovery Fund los líderes de la UE añadieron un paquete de medidas, que reúne el marco financiero plurianual (MFP) y el instrumento Next Generation EU (NGEU), que ayudará a la UE a reiniciarse después de la pandemia de COVID-19 y respaldará las inversiones en transiciones verde y digital.

⁵ Por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la crisis sanitaria del coronavirus. El Real Decreto Ley aprueba un nuevo paquete de medidas de carácter social dirigidas al apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables. Además, aprueba medidas con impacto directo en el refuerzo de la actividad económica, así como dirigidas al apoyo de empresas y autónomos. Se incluyen además otras que permiten ajustar el funcionamiento de la Administración a las necesidades actuales, acometiendo medidas en materia de cuentas anuales de las entidades del sector público, en materia de disponibilidades líquidas y donaciones, así como en la financiación otorgada por las entidades territoriales.

⁶ Con una vigencia establecida hasta un mes después del fin del estado de alarma, sin perjuicio de las medidas que tienen un plazo determinado de duración, y con poder de prórroga por el Gobierno.

⁷ Artículo 4, párrafo 4.

⁸ Artículo 4, párrafo 5.

⁹ Artículo 4, párrafo 6.

¹⁰ Este no es el lugar adecuado para promocionar sitios de (des)información. Simplemente se haga una pequeña búsqueda en *Google* para verificar cómo se difundió de manera viral en internet, Twitter, Facebook, WhatsApp, etc., la noticia de un «exprópiese» legalizado, rigurosamente extrapolando solo la última parte del párrafo 3 del artículo 4.

Obviamente, esta discusión tampoco se presta a profundizar el tema de las fake news, que son noticias que circulan en redes sociales, cuyo objetivo es principalmente confundir y desinformar. Baste con recordar, pero, que «[e]n la sociedad de la información, el consumo de noticias en una gran parte de la población no es el fruto de una búsqueda de información en los distintos medios de comunicación sino que hoy la gente consume noticias desde su feed de Facebook, Google u otras redes sociales que las escogen en función de los datos que poseen de sus usuarios —básicamente, el flujo de información seleccionado por amigos, contactos y allegados— y procesan por algoritmos secretos» [así PAUNER CHULVI, C. (2018). *Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 302]. Lo que nos proporciona el alcance del problema, que no es reciente, pero con la pandemia ciertamente ha empeorado, y sus soluciones, o presuntas tales, a menudo se mueven en un limbo entre la ineficacia (como el tentativo de que las grandes empresas, como Facebook, asuman su responsabilidad en el control de la información que publican) y la inconstitucionalidad (como el intento de establecer un organismo que se ocupe de la verificación de la veracidad y la calidad de las noticias que se publican en internet). Sobre el tema, en general, además de la doctrina ya mencionada, consúltese DONATI, F. (2018). *Fake news e libertà d'informazione. Diritti dell'uomo*, núm. 1, 49-56; CECCARINI, L., DI PIERDOMENICO, M. (2018). *Fake news e informazione via*

social media. Problemi dell'informazione, núm. 2, 335-340. GARCÍA SANZ, R.M. (2019). La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales. *Revista de derecho político*, núm. 106, 77-104. La cuestión de las fake news interesa, aparte del tema constitucional, el derecho privado y mercantil, sobre todo en cuanto concierne el derecho de competencia, de autor y de propiedad industrial. Véase, entre muchos, GÓMEZ-BARREDA, R. (2018). «Fake news». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 83, 171-189; y FRANCESCHELLI, V. (2019). *Fake news e social networks: riflessi sul diritto d'autore e concorrenza. Il diritto industriale*, núm. 2, 141-146. Además que con referimiento a los fenómenos que acabamos de evidenciar, las informaciones y, sobre todo, los datos personales también se estudian como nuevos objetos de negociación. Sobre el fenómeno de la llamada capitalización de los datos personales, véase TARASCO A.L., GIACCAGLIA, M. (2020). Facebook è gratis? Mercato dei dati personali e giudice amministrativo. *Il diritto dell'economia*, núm. 2, 263-300.

¹¹ Véase nota núm. 7.

¹² Dado que, aunque de ninguna manera se quiere equiparar lo que prevé la Orden TMA/336/2020 con un procedimiento de expropiación forzosa, de requisa o de ocupación temporal, varias leyes españolas, muchas de las cuales antecedentes a la promulgación de la Constitución de 1978, donde además no se habla de «expropiación», disciplinan las que vienen a ser las modalidades y las razones que justifican la privación total o parcial del derecho de propiedad. Hay que señalar, sin duda, la Ley 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa y el Real Decreto Ley 26 de abril de 1957, con el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (en adelante LEF y RLEF). A las cuales baste con añadir la Ley 16/1985 del 25 de junio, en materia de patrimonio histórico; la Ley 54/1997 del 27 de noviembre, en materia de industria; la Ley 29/1994 del 24 de noviembre en materia de vivienda; y el Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio, sobre expropiación en materia de urbanismo. Lo mismo se puede decir para lo que concierne al ordenamiento italiano, en donde la ley 2359/1865 de 25 de junio, introdujo la institución de la expropiación por razones de utilidad pública, mientras que, más recientemente, la ocupación de emergencia de inmuebles para la construcción de obras urgentes fue regulada por el Decreto Legislativo 267/2000 de 18 de agosto. Finalmente, toda la legislación fue reemplazada por el DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327 (a.d. *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*) que también preveía la abrogación de la ley de 1865.

¹³ Se trata de un conjunto de artículos que preceden el Código civil español de 1889, publicados con el Real Decreto 24 de julio de 1889, modificadas por el Real Decreto 31 de mayo 1974, núm. 1836, y que contienen reglas generales para la aplicación de las leyes.

¹⁴ Se trata de un conjunto de 16 artículos que preceden el Código civil italiano de 1942, publicados con Regio Decreto 16 de marzo de 1942, núm. 262 y que contienen reglas generales para la aplicación de las leyes.

¹⁵ Por la cual es obligatorio ver, *ex multibus*, BETTI, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano: Giuffrè, *passim* y con referencia específica al mencionado artículo 12, 261 sigs.; QUADRI, R. (1974). *Dell'applicazione della legge in generale*, sub artículo 12, en A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice civile*. Bologna-Roma: Zanichelli, que define ese artículo como aquel «*fra tutti il più pretenzioso perché investe in tutti i suoi aspetti la vita del diritto, fissando i rapporti che devono sussistere fra legislazione e giurisdizione*»; y GORLA, G. (1981). *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, en Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano: Giuffrè, 443 sigs. Para la literatura española, véase DIEZ-PICAZO, L. *La interpretación de la ley*, cit.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1976). *Ley y derecho. Interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos, *passim*; y más recientemente SEGURA ORTEGA, M. (2003). *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1 sigs.

¹⁶ Y es, probablemente, la utilización de este verbo que inquietó a los propietarios de viviendas, trayendo de vuelta a sus mentes el movimiento «Okupa», nacido en la década de los 60 en el marco de Europa occidental con el objetivo de promover una «solución habitacional» diferente con respecto a la que contiene la Orden TMA/336/2020.

¹⁷ Ya que el artículo 109 de la LEF exceptúa las viviendas de la ocupación temporal, no parece quedar espacio para presuntas interpretaciones de la norma en el sentido de que se permita la limitación del derecho del propietario de la vivienda sin su consentimiento, y sin contraprestación. De otra forma, como ahora mismo se dirá, la norma levantaría una cuestión de legitimidad constitucional. Cabe recordar, que, como desde hace décadas, la jurisprudencia constitucional italiana sostiene que «*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*». Así Corte costituzionale, de 22 de octubre de 1996, núm. 356, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3104. Se trata, en substancia, de una forma de interpretación de la ley a través de la cual se intenta adaptar el significado de un texto al significado de otro texto (la Constitución) para evitar que el primero haya de ser eliminado de las fuentes del derecho. Fundamental en este sentido fue (también) la refinada teorización de CRISAFULLI, V. (1956). *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Milano: Giuffrè.

¹⁸ En la presente discusión, por supuesto, nos referiremos a la Constitución Española de 1978, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978. Aunque cabe recordar como la historia constitucional de España empieza en plena Guerra de la Independencia, cuando en 1812 ve la luz la primera Constitución de España y la tercera del mundo. Mientras que, con respecto a Italia, se hará referencia a la *Costituzione della Repubblica Italiana*, entrada en vigor el 1 de enero de 1948, que fue precedida por el *Statuto Albertino* de 1848. Los Códigos civiles a los cuales nos referiremos son el español, de 1889, publicado con el Real Decreto 24 de julio de 1889, primera codificación española, precedida por una serie de proyectos de 1821, 1836, 1851 y 1869, para el estudio de los cuales véase SERNA VALLEJO, M. (2012). La Codificación civil española y las fuentes del derecho. *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 11-36; y el italiano, de 1942, promulgado con Regio decreto 262/1942, de 16 de marzo, precedido por el Código civil de 1865, aprobado con Regio decreto 25 giugno 1865 núm. 2358, que podría definirse como, y luego rápidamente se hará mención de ello, un auténtico «código de la propiedad». Para un *excursus* histórico y jurídico sobre la codificación italiana, NICOLÒ, R. (1988). *Codice civile. Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 240 y sigs.

¹⁹ Limitándonos a los autores del siglo XX, en la literatura jurídica española, es obligatorio referirse a CASTÁN TOBEÑAS, J. (1963). *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid: Instituto Editorial Reus; MONTES PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid: Civitas; DíEZ-PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A. (1988). *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de cosas, inmobiliario y registral*, Madrid: Tecnos; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (1988). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid: Tecnos; HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). *La propiedad y su transformación, Obras Completas, IV*, Madrid: Espasa-Calpe; DíEZ-PICAZO, L. (1991). Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en M. Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991*, 1257 y sigs.; ID. (2006). Propiedad y Constitución, en VV.AA., *Propiedad y Derecho civil*, Madrid: Civitas. Más recientemente RIVERA SABATÉS, V. (2013). La propiedad privada y su índole elástica. *Foro, Nueva época*, núm. 2, 231-257; y CASTRO, S.M., MAQUEDA, S. (2014/2015). El derecho de propiedad privada y libertad económica algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, núm. 4, 77-113.

Inolvidables, pasando a la literatura italiana, son las páginas de BARASSI, L. (1943). *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, Milano: Giuffrè; PUGLIATTI, S. (1942). La pro-

prietà, en M. D'Amelio, E. Finzi (dir.), *Codice civile. Commentario*, Firenze; ID. (1954). La propiedad e le proprietà, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè; RESCIGNO, P. (1965). *Proprietà, diritto reale e credito*. Jus, 472-480; ID. (1972). Per uno studio sulla proprietà. *Rivista di diritto civile*, 1-66; ID. (1988). Proprietà (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 254-297; GIANNINI, M.S. (1971). *Basi costituzionali della proprietà privata. Politica del diritto*, 443-501; PERLINGIERI, P. (1971). Introduzione alla problematica della proprietà, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, passim; RODOTÀ, S. (1982), artículo 42, en G. Branca (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna: Zanichelli, 69-192; MENGONI, L. (1988). Proprietà e libertà. *Rivista critica di diritto privato*, 437-446; BRECCIA, U. (1983). I quarant'anni del libro terzo del codice civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1983, 337-372. Más recientemente, véase además MACARIO, F. (2006). Artículo 42 (comento), en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet; ID. (2012) artículo 832, en E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.

²⁰ Sin embargo, aquí no comenzaremos con el análisis de la propiedad en el derecho romano o intermedio. Para una reconstrucción, véanse las páginas siempre actuales de GUMERSINDO DE AZCÁRATE (1878). Historia del derecho de propiedad. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 53, 465-476. Más recientemente, aparte de la manualística citada en la nota anterior, PÉREZ ÁLVAREZ, M.D.P. (2014). La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 17-47; y con especial atención a la concepción católica de la propiedad desde la encíclica del Papa León XIII, RIVERA SABATÉS, V. (2016). La propiedad privada y su función social a la luz de cien años de encíclicas (*de la Rerum Novarum a la Centesimus Annus*). *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 2, 275-296. Para una visión diferente de la que ve en el derecho romano los fundamentos (entre otras cosas, también) del derecho de propiedad, CORDERO QUINZACARA, E., ALDUNATE LIZANA, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 30, 345-385.

²¹ Sobre este tema, recientemente, LÓPEZ ESCUDERO, M. (2019). Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE. *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 64, *passim*.

²² Examina estos aspectos, GIORGIANNI, M. (1961). Il diritto privato e i suoi attuali confini. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 398 y sigs.

²³ Se recuerde, sin embargo, que GIORGIANNI, M. (1940) *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano: Giuffrè, 167 y sigs., describe el poder, de naturaleza procesal, de perseguir el objeto del derecho de propiedad hacia cualquier persona, con el requisito de la inherencia y non con aquel de la absolutez.

²⁴ Aunque no es raro que haya una terminología y una clasificación diferente entre los distintos autores, las características del derecho de propiedad generalmente se identifican en: i) *generalidad*, ya que se permite al propietario cualquier uso legal de la cosa objeto del derecho; ii) *abstracción*, ya que el derecho de propiedad mantiene sus características aunque carezcan algunas de las facultades del propietario; iii) *elasticidad*, ya que el derecho de propiedad recupera automáticamente su plenitud cuando cesa el derecho que eventualmente lo comprime; iv) *unicidad*, ya que el derecho de propiedad se entiende, aunque con varios matices, como único e idéntico; v) *perpetuidad*, ya que, en teoría, no se permite comprimir sin límites de tiempo el derecho de propiedad, siendo este potencialmente perpetuo; vi) *imprescriptibilidad*, ya que el derecho de propiedad no se extingue a pesar de la falta de uso. Sobre esta última característica hay que añadir como, en realidad, esta se refiere al poder de acción judicial más bien que al derecho. Y hay que distinguir entre el ordenamiento jurídico español, en donde el artículo 1963 prevé que «[l]as acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años», mientras que, en el italiano, según el artículo 948, párrafo 3, la misma acción es imprescriptible. Lo

que, a fin de cuentas, no influye en el principio general según el cual, aunque, como se mencionó, la no utilización no implica la pérdida del derecho de propiedad, esta pérdida sí puede ser una consecuencia del uso que otros hacen del bien (usucapión: arts. 1930 y sigs. CC españoles; y arts. 1158 y sigs. CC italianos).

²⁵ Puede parecer paradójico que, al igual que el derecho civil se estaba abriendo a situaciones jurídicas no enraizadas en la patrimonialidad, comenzando a tomar en consideración los derechos de la personalidad, uno (que en el pasado había sido considerado formar parte) de ellos, el derecho a la propiedad seguía el camino opuesto, convirtiéndose en un derecho con contenido exclusivamente patrimonial. Uno de los autores a los que se debe un profundo estudio sobre la patrimonialización del derecho civil es DIEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Thomson-Civitas, sobre todo 53-70 y 81-107.

²⁶ Extrapatrimonialidad que es, en vez, característica propia de los derechos de la personalidad, entre los cuales, gracias a las teorías individualistas, idealistas y del derecho natural, ha tenido su lugar también el derecho a la propiedad, por lo menos hasta finales del siglo XIX.

El nacimiento de la categoría de los «derechos de personalidad» se remonta al escrito de GIERKE, O. (1895). *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, que contiene un capítulo dedicado a los «persönlichkeitsrechte». Las razones que subyacen al «retraso» con el cual el derecho civil empezó a recorrer lo que podría definirse como el «proceso de valorización» de la persona humana, se encuentran principalmente en la visión que los Códigos civiles nos consignaron del hombre, es decir, una persona cuyo objetivo principal consistía en la acumulación de riqueza y el intercambio de bienes y servicios, y cuya protección se asignaba a otros complejos normativos diferentes respecto al derecho civil, en primer lugar el derecho penal. Sin embargo, no debe olvidarse que el valor de la dignidad humana y las formas de ser del hombre no cambian, como ha sido observado por DE CUPIS, A. (1986). La crisi dei «valori» del diritto civile. *Rivista di diritto civile*, 1986, 198, el «contenuto patrimoniale del diritto civile» ni tampoco excluyen que «l' homo privatus [sia] tuttora, in larga misura, homo oeconomicus»

Sobre el tema de los derechos de la personalidad, la literatura jurídica es inmensa. Véase, ex multis, RESCIGNO, P. (1991). Personalità (diritti della). *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani; y, más recientemente, ENCABO VERA, M.Á. (2012). Derechos de la personalidad. Madrid: Marcial Pons.

²⁷ GIORGIANNI, M. *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., 396-397, donde el Autor trae como ejemplo el de una ley de 1810 con la cual el legislador francés reservó los derechos de las reservas minerales al Estado.

²⁸ Lo cual puede ser definido, así confirmando la visión del tiempo, como «código de la propiedad», ya que su otro pilar, el contrato, había sido tomado en consideración simplemente como modo de comprar la propiedad. La división operada habla, entonces, por sí misma, ya que, aparte de un controvertido libro dedicado a las personas (Libro I), los otros dos se titulaban «*Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*», e «*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*». RESCIGNO, P. *Proprietà (dir. priv.)*, cit., 256.

²⁹ De esta idea RESCIGNO, P. *Proprietà (dir. priv.)*, cit., 269.

³⁰ Para un estudio interesante, que analiza el complejo tema de la propiedad del subsuelo, tanto pública como privada, ver SAINZ MORENO, F. (1990). El subsuelo urbano. *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 153 y sigs.

³¹ Aunque, en realidad, en lo que respecta a la redacción del Código civil italiano, hubo una acalorada discusión sobre la posibilidad de introducir esta cláusula en el artículo 832. Aunque muchas posiciones, incluso de juristas muy respetados, a menudo estaban vinculadas a razones políticas e ideológicas, vale la pena tomar nota de esta comparación de ideas. Véase, en general, UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE, *Osser-*

vazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937-XV), Milano, 1938, y en ello, las aportaciones de CICU, A. (1937). *Osservazioni sull'intero progetto*, *ivi*, 9-16; BARBERO, D. (1937). *Osservazioni sul titolo secondo*, *ivi*, 63-67; y GRASSETTI, C. (1937). *Osservazioni generali ai Titoli I e II*, *ivi*, 16-18. La importancia del tema, también (y, sobre todo) fuera del discurso puramente jurídico, deriva de la publicación de un volumen con las contribuciones de juristas, economistas, filósofos e historiadores (véase CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939). Para limitarnos aquí a los aspectos jurídicos, se puede concordar con dos de las preocupaciones expresadas ante la idea mencionada, de insertar una referencia a la función social en la codificación. En primer lugar, no se pensaba que un Código civil pudiese prestarse a contener conceptos tan amplios y de difícil elaboración (sobre el grado de precisión que requiere una codificación, NICOLÒ, R. *Codice civile*, *cit.*, 241) y, en segundo lugar, como consecuencia de esta posible inserción, el poder judicial hubiese tenido la posibilidad de definir cada vez una interpretación diferente del derecho de propiedad (RESCIGNO, P., *Proprietà [dir. priv.]*, *cit.*, 269).

³² No se olvide, de todas formas, como había sido correctamente observado, que «*non v'è diritto (soggettivo) che possa concentrarsi unicamente nell'interesse privato, poiché il diritto (obiettivo) obbedisce fundamentalmente a finalità di interesse pubblico*». Así PUGLIATTI, S. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. *La proprietà nel nuovo diritto*, *cit.*, 3.

³³ Aquí no podremos tratar específicamente el contenido, los límites y las acciones para la protección del derecho de propiedad, además de las que nos interesan. Para más información sobre estos temas, ver LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), y OTROS (2003). *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, Madrid: Dykinson, 2003; Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho civil*, III, *Derechos reales en general*, Madrid: Tecnos; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Manual de derecho privado. Derechos reales*, Madrid: Bercal; y BIANCA, C.M. (2017). *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano: Giuffrè.

³⁴ Cabe advertir que el límite no debe confundirse, como parece haberse hecho en el Código civil español, con limitaciones, que son conceptos de naturaleza radicalmente diferente. El límite es una configuración del derecho de propiedad, y por lo tanto opera desde dentro; la limitación es, en cambio, una compresión del derecho de propiedad, y opera desde el exterior.

³⁵ Aquí también sería difícil, dada la gran cantidad de literatura jurídica sobre estos temas, hacer una serie de referencias exhaustivas. Además de la literatura ya mencionada anteriormente, por lo tanto, se considera necesario consultar ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de derecho civil*, núm. 2, 357-395; ID. (1994). La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas. *Actualidad civil*, núm. 2, 385-427.

³⁶ Merece la pena señalar que, tanto en el Código civil, como se acaba de ver, cuanto en la Constitución española, como se verá (siguiente párrafo), en ningún caso se utiliza la palabra expropiación, sino más bien se habla de privación de la propiedad.

³⁷ Se trata, pero, de una norma que ha quedado superada ya en 1957 por la LEF y el RLEF.

³⁸ Nos referimos a los artículos 836, 837, 838 y 839 del Código civil italiano.

³⁹ Aquí dejaremos de lado a las demás disposiciones, que tanto en la Constitución española (artt. 8, 53, 128, 131, 132), como en la italiana (artt. 43, 44, 45, 46, 47), conciernen a la propiedad, que ampliarían excesivamente el campo de investigación. Sin embargo, deben emplearse algunas palabras en relación con el tema del «contenido esencial» del derecho de propiedad que, en general, está garantizado por la constitución española, en su artículo 53, párrafo 1 (véase TSC de 8 de abril 1981, núm. 11; y OEHLING DE LOS REYES, A. (2017). El artículo 53 de la Constitución Española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de

las libertades y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1099-1136) y es, en cambio, el resultado de una elaboración teórica y jurisprudencial en el sistema legal italiano de derechos fundamentales (véase, entre muchas, Corte costituzionale, de 29 de diciembre de 1988, núm. 1146; y MASSA PINTO, I. (2002). Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione, en *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, Giuffrè, 605-626). Básicamente, se sostiene, existe un núcleo de intangibilidad que acompaña (también) al derecho de propiedad, cuya superación implica una privación de este y, por lo tanto, no se puede permitir, excepto a través de los procedimientos previstos y garantizados por la ley.

⁴⁰ Que mientras tanto, cómplices las múltiples transformaciones de la sociedad, se estaba convirtiendo en Estado social de derecho, o sea «aquel en que los principios clásicos del constitucionalismo liberal, del derecho de propiedad a las libertades de contratación, comercio e industria, habían abandonado su previa formulación absoluta para consentir ahora restricciones introducidas por las leyes del Estado». Así MARTÍN MARTÍN, S. (2017) Del fuero del trabajo al estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 335-384.

⁴¹ Se permita, una vez más, resaltar cómo sería imposible investigar cada una de las cuestiones mencionadas, así como hacer todas las referencias apropiadas. Una reconstrucción histórica de la cuestión mencionada se puede encontrar en GROSSI, P. (1977). *Un altro modo di possedere*, Milano: Giuffrè, *passim*; y, más recientemente, IANNARELLI, A. (2018). *Proprietà e beni*, Torino: Giappichelli, *passim*.

⁴² Se note como las fórmulas contenidas en el artículo 33, párrafo 3 de la Constitución se encuentran también en la LEF cuyo artículo 1 establece como causa de un acto expropiatorio una causa de utilidad pública o interés social.

⁴³ Aparte de la literatura antes citada, la cual, obviamente, afronta el estudio de la disciplina de la propiedad (también) desde un punto de vista constitucional, no se puede dejar de citar LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. *La disciplina constitucional de la propiedad privada, cit., passim*; LEGUINA VILLA, J. (1994). El régimen constitucional de la propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 9-28; MARÍN GÁMEZ, J.A. (1998). En torno a una defensa razonable del derecho de propiedad a la luz del artículo 33 de la Constitución española de 1978: especial incidencia en la vertiente institucional. *Revista de estudios jurídicos*, núm. 1, 353 y sigs.; GARCÍA COSTA, F.M. (2007). El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. *Criterio jurídico*, núm. 7, 281-294. Mas recientemente SARRIÓN ESTEVE, J. (2017). Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel. *Revista de derecho político*, núm. 100, 915-947; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). *Artículo 33*, en VV. AA. (2018). *Comentarios a la Constitución Española*, I, BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, 1147-1175; AGUILERA VAQUÉS, M. (2018). Artículo 33, en VV. AA. (2018) *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra*, I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 705-713.

⁴⁴ Aquí también, además de los autores ya citados, vale la pena mencionar también los trabajos de SANTORO-PASSARELLI, F. (1972). *Proprietà privata e Costituzione. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 953-961.

⁴⁵ En su artículo 44, de hecho, se disponía que «1. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. 2. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. 3. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. 4. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. 5. El Estado podrá intervenir por ley la explotación

y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. 6. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

⁴⁶ Así como el artículo 2 de la Constitución italiana establece que «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*».

⁴⁷ Sobre el tema de la función social se han escrito páginas memorables. La mayoría de estas ya han sido mencionadas en las notas anteriores. Aquí queremos añadir específicamente: GONZÁLEZ-CARVAJAL SANTABÁRBARA, L. (1994). *La propiedad y su función social*, Madrid: Ediciones SM; NIVARRA, L. (2013). La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica. *Rivista critica del diritto privato*, núm. 4, 503-531; MATTEI, U. (2013). Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà», *ivi*, 531-564; PÉREZ SOLANO, J.A. (2016). Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, núm. 16, 176-191; GARRIDO JUNCAL, A. (2018). Desafíos jurídicos derivados de las soluciones propuestas para afrontar el problema de los desahucios de vivienda habitual. *Cartapacio de derecho*, núm. 33, 2018, 1-32. Además, con miras a la comparación entre el derecho interno y el derecho supranacional, MOREA, R. (2019). La proprietà tra funzione sociale ex artículo 42 Cost. e diritto di libertà fissato dalla CEDU. Una disarmonia di valori costituzionali ed europei. *Diritto e processo amministrativo*, núm. 1, 2019, 161-237.

⁴⁸ Concepción llevada al extremo por DUGUIT, L. (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris: Felix Alcan, *passim*, según el cual, simplificando mucho su concepción de la propiedad como una relación social, el derecho subjetivo debe de ejercerse no (solo) en el interés propio, sino (sobre todo) en el interés público.

⁴⁹ Véase, además de toda la literatura ya citada (sobre todo en la nota núm. 27), MENÉNDEZ REXACH, A. (1994). *La propiedad en la nueva Ley del Suelo*. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 64-130.

⁵⁰ Aunque no hay que olvidar que, según el STC, Sentencia 37/1987 de 26 de marzo, «la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

⁵¹ Solamente de causa de utilidad pública habla el artículo 349 Código civil español. Además, el artículo 33, párrafo 3 de la Constitución se refiere a la privación de bienes y derechos mientras que el Código civil habla solo de propiedad y exige que la indemnización sea previa.

⁵² Mientras que, el artículo 834 del Código civil italiano habla de interés público, así limitando, se cree, las razones de la expropiación al interés de un solo sujeto.

⁵³ Mientras que el artículo 834 del Código civil italiano habla de «*indennizzo*» y no de «*indennità*», refiriéndose, así, al valor real de mercado del bien expropiado.

⁵⁴ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El Protocolo Adicional ha sido convenido el 20 de marzo de 1952.

⁵⁵ La cual ha sido proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000 y, según el artículo 6 del TUE, ha adquirido el mismo valor jurídico que los Tratados Europeos.

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que, aunque, como se verá más adelante, esto no parece haber influido en la aplicación concreta de las restricciones al derecho de propiedad, las dos normas europeas mencionadas se limitan a contemplar, como causa de la privación del derecho en cuestión, la «utilidad pública», mientras que la Constitución española, como se ha visto habla de «interés social» y de «utilidad pública». La Constitución italiana, por su parte, se refiere solamente al «*interesse generale*». Probablemente, a esta elección terminológica se le ha atribuido una importancia excesiva [por parte de LÓPEZ QUETGLAS, F. *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*, cit., 351], en el sentido de que demostraría el deseo de restringir el campo a las limitaciones de los derechos de propiedad por parte del legislador europeo. Más correctamente, sin embargo, parece que estos términos puedan ser utilizados de manera fungible, y la jurisprudencia del TJUE, como hemos visto, parece ser de la misma opinión, atribuyendo un significado muy amplio a la «utilidad pública».

⁵⁷ Cosa que, como se ha visto, no hacen las Constituciones española e italiana de manera que, se opina, fuera posible adaptar la indemnización a las razones que justificaron la privación de la propiedad.

⁵⁸ Véase, *supra*, párrafos 3.1. y 3.2.

⁵⁹ Uno de los primeros en señalar esta necesidad fue FINZI, E. (1923) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*. *Archivio Serafini*, 52 y sigs. Sin embargo, es importante señalar que, aunque una apertura importante hacia la superación de la visión romanista de la propiedad privada se debe (también) a este Autor, su visión de este derecho, toda focalizada en el objeto más que en el sujeto de este, luego encontró una negación firme en la formulación del artículo 832 Código civil italiano, donde el derecho a la propiedad se discute desde el punto de vista de los poderes del (sujeto) propietario.

⁶⁰ Véase, *ex multis*, RESCIGNO, P. (2002). *Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*. *Rivista di diritto civile*, 325 y sigs.; RODOTÀ, S. (2005). *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, en M. Comporti (dir.), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè, 154 sigs.; TRIMARCHI, M. (2006). *La proprietà nella Costituzione europea*, en G. Iudica, G. Alpa (dir.), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 259 y sigs.; NIVARRA, L. (2012). *Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più: la funzione sociale dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*. *Questione giustizia*, 2012, 59 y sigs. Sobre el tema del derecho de propiedad en el marco europeo, en general, véase además VETTORI, G. (2010). *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisboa*, *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 115 y sigs.; VIGLIANISI FERRARO, A. (2016). *Il diritto di proprietà e la sua «funzione sociale» nell'ordinamento giuridico italiano ed in quello europeo*. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 519 y sigs.

⁶¹ Véase, entre muchos, a favor de esta reconstrucción, REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid: BOE-CEPC, 125 y sigs.; LÓPEZ QUETGLAS, F. (2006). *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 34, 335-362; GAMBARO, A. *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, en *Rivista di diritto civile*, 2010, 115 y sigs.; VIGLIANISI FERRARO, A. (2016). *Il diritto di proprietà è, dunque, un preoccupante derecho fundamental? Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 140-165. Contra LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit., 47 y sigs.; PARADA VAZQUEZ, J.R. (1991) *El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria*, en M. Retortillo Baquer (coord.) *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, II, De los Derechos y Libertades Fundamentales*, Madrid: Civitas, 1271 y sigs.).

⁶² El tema de las cláusulas generales es sin duda uno de los más controvertidos y amplio del derecho. Sobre el tema, véase, con atención específica al ámbito privado, GUARNERI, A. (1998). Clausole generali. *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino: Utet, 403 y sigs.; y RIZZO, V. (2018). *Principios, cláusulas generales, proporcionalidad, razonabilidad y contrato*, en VV.AA., *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 731 y sigs.

⁶³ En resumen, se podría concluir que a la fórmula de utilidad pública pueden equipararse aquellas del interés general, el interés social, el interés estatal, etc. Véase, en general, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1955). La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 324-325, 257-288.

⁶⁴ Problema arraigado tanto en la sociedad española como en la italiana, y que notará un grave empeoramiento debido a la situación vinculada al COVID-19.

⁶⁵ No se olvide, de hecho, que el ejercicio de la potestad ablativa del derecho de propiedad (y otros derechos reales u intereses legítimos) debe producir el mínimo sacrificio posible al expropiado, y debe hacerse solamente cuando no haya otra medida menos lesiva para conseguir el mismo fin. Véase STS, de 29 de junio de 2010, núm. 5418; y STC, de 3 de marzo de 2005, núm. 48.

⁶⁶ Entre ellos, según Corte costituzionale, de 7 de abril de 1988, núm. 404, encuentra sitio también el derecho social a la vivienda.

⁶⁷ Un conjunto adicional de reglas que protegen el derecho a la vida también contribuye a componer esta base reguladora.

⁶⁸ El reconocimiento de la importancia de la vivienda también se advierte en la escena internacional. Se piense en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), según el cual «1. Toda persona tiene derecho a [...] la vivienda [...]»; el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que afirma: «1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados [...]»; el artículo 5 del Convenio sobre política social de la Organización Internacional del trabajo, cuyo párrafo 2 establece que «2. Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación»; el artículo 16 de la Carta social europea, según el cual «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

⁶⁹ Véase, por lo menos, BASSOLS COMA, M. (1983). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 85, 13-42; FERNANDO NICOLAU, E. (1992). El derecho a una vivienda digna y adecuada. *Anales de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 305 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G. (2010). ¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 74, 491-510; PISARELLO PRADOS, G. (2013). *El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional*, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, 4, VI, Madrid: Dykinson, 1897 y sigs.; CANO BUESO, J. (2014). El derecho constitucional a una vivienda digna. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 291, 143 y sigs. *Contra* la teoría mayoritaria véase la interesante reconstrucción de LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 49-91. Sin embargo, no se olvide que el dato positivo parece guiar hacia la solución indicada en el texto. De hecho, el artículo 53, el párrafo 3 de la Constitución española establece, con referencia también al artículo 47, que «[e]l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán

la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

⁷⁰ Se trata, también en este caso, de un tema complejo y sobre el cual la doctrina es muy vasta. Véase, para todos, LANDI, G., (1966). *Espropriazione per pubblica utilità, Principi generali. Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè; ID. (1984). *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano: Giuffrè; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1987). *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid: Civitas, 191 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1987). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas; ID. (2001). *La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. Revista de administración pública*, núm. 156, 251 y sigs. Mas recientemente, con referimiento al D.P.R. 8 de junio de 2001, núm. 327, ASSINI, N., TESCARIOLI, N. (2003). *Manuale pratico dell'espropriazione*, Padova: Cedam; BOBBIO, G. (2004). *L'espropriazione per pubblica utilità nel recente testo unico*, Roma, Aracne; CACCIAVILLANI, C. (2008). *Le espropriazioni*, en F.G. Scoca (dir.), *Diritto Amministrativo*, Torino: Giappichelli.

⁷¹ Y posteriores enmiendas y adiciones, como las leyes específicas relativas al urbanismo, y las que se ocupan de las valoraciones. Véase Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo.

⁷² Como el Decreto Legislativo de 27 de diciembre 2002, núm. 302 y la ley de 28 de diciembre 2015, núm. 221.

⁷³ Nos traen un ejemplo de ello, MARÍN GARCÍA, R., MILÀ RAFAEL, R. (2007). El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 3-33.; CANDELA TALAVERO, J.E. (2013). La propiedad privada y la potestad expropiatoria. Procedimientos especiales de expropiación. *Cuadernos de derecho local*, núm. 32, 65-82; TORNOS MAS, J. (2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2853-2871; ARGELICH COMELLES, C. (2018). Expropiación temporal de viviendas: alteraciones en el denominado procedimiento de urgencia y propuestas de enmienda. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56, 105-124.

⁷⁴ Véase, por lo menos, LANDI, G. (1968). *Requisizioni. Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Utet; VERBARI, G.B. (1988). *Requisizione. Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè; STIPO, M. (1990). *Requisizione. Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani. Mas recientemente, SAN GIORGIO, M.R. (2012). *articolo 835*, en E. Gabrielli (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Torino: Utet.

⁷⁵ Aquí no trataremos de la ocupación temporal, ya que, como se dijo antes, en el sistema legal español, la vivienda privada queda explícitamente excluida de este procedimiento, mientras que, en el sistema legal italiano, este procedimiento puede ser utilizado para realizar obras urgentes (*occupazione urgente*) o se trata de un procedimiento que precede la expropiación, implica el mismo resultado que este último, pero con un procedimiento diferente al ordinario (*occupazione preordinata alla espropriazione*).

⁷⁶ Aparte del artículo 101, que se refiere expresamente a requisas en tiempo de guerra o de movilización total o parcial que no sea para maniobras, el artículo 120 se refiere a requisas adoptadas por las Autoridades civiles «por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades».

⁷⁷ *Contra* DI RENZO, M. (1970). *La requisizione d'urgenza*, Bari: Cacucci, 36.

⁷⁸ Entre muchas, hay que mencionar el Regio Decreto 1265/1940; el Regio Decreto 2389/1926 y el Regio Decreto 1265/1934, cuyo artículo 258 disciplina las requisas en caso de epidemia. Para un elenco más exhaustivo, véase SAN GIORGIO, M.R. *articolo 835, cit.*, 412, nota núm. 25.

Trabajo recibido el 22-5-2020 y aceptado para su publicación el 24-9-2020

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 15-6-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FORMAS DE GARANTIZAR LA SALIDA DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal presupone la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública; derecho que lleva como anejo un derecho inseparable de copropiedad sobre los elementos comunes. Y como ya ha afirmado este Centro Directivo con anterioridad, la multiplicidad de situaciones fácticas posibles determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas —o encorsetadas, si se prefiere—.

Y es que en la propiedad horizontal que se regula en nuestro derecho el requisito más importante de los elementos privativos es que se trate de zonas delimitadas del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente, y para que sea posible tal tipo de aprovechamiento es imprescindible que tales elementos tengan salida a un elemento común o a la vía pública. Y sin duda una segregación como la realizada en el título calificado es posible, y crea un estado de cosas perfectamente ajustado a las exigencias de la propiedad horizontal si, a pesar de no tener —la entidad o entidades creadas— salida a la calle o a otro elemento común, simultáneamente se constituye una vinculación jurídica inescindible para dar paso por otro elemento privativo a favor de las entidades resultantes de la segregación.

En apoyo de lo anteriormente expuesto, no es ocioso recordar que es «*communis opinio*» que, en nuestro derecho, se sigue el sistema del «*numerus apertus*», lo que quiere decir que existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos, siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Eso supone, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, que se pueden crear derechos reales nuevos, los cuales en su mayoría serán combinaciones o variaciones sobre los existentes.

Como precisó la Resolución de 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades «*ob rem*», que no pueden seguir un régimen jurídico distinto al del elemento principal al que están adscritos, de modo que existe vinculación «*ob rem*» entre dos (o más) fincas cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio.

Resolución de 18-6-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Pero debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general. No obstante, es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

De la doctrina expuesta resulta que para acceder a la inscripción de la compraventa el registrador no puede en el presente caso exigir intervención alguna de la junta general, habida cuenta de las manifestaciones vertidas por los administradores de ambas sociedades. Además, las circunstancias en que apoya el registrador su calificación negativa resultan de la mera afirmación de un tercero en una instancia que ha sido —indebidamente— objeto de asiento de presentación en el Registro, por lo que no puede ser óbice a la inscripción pretendida.

Resolución de 18-6-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Pero debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general. No obstante, es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

De la doctrina expuesta resulta que para acceder a la inscripción de la compraventa el registrador no puede en el presente caso exigir intervención alguna de la junta general, habida cuenta de las manifestaciones vertidas por los administradores de ambas sociedades. Además, las circunstancias en que apoya el registrador su calificación negativa resultan de la mera afirmación de un tercero en una instancia que ha sido —indebidamente— objeto de asiento de presentación en el Registro, por lo que no puede ser óbice a la inscripción pretendida.

Resolución 2-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Avilés, número 3

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: DONACIÓN DE INMUEBLES

Aunque por los términos empleados en el convenio regulador en el sentido de que «es voluntad del esposo (...) donar a su hija (...) el bien inventariado» y de la interpretación que realiza el juez en su informe en este expediente pudiera sostenerse que no se trata de una donación de presente sino de una promesa de donación, lo cierto es que en ese mismo pacto contenido en el convenio se expresa que la hija, menor de edad, acepta la donación representada por sus padres, algo que debe entenderse determinante para concluir que se trata de una verdadera donación y no una mera promesa de donación (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de enero de 2008 y 18 de julio de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2012, 18 de mayo de 2017 y 16 de mayo de 2019).

La segunda de las objeciones expresadas en la calificación impugnada, según la cual no sería válida la donación por no constar en escritura pública, debe ser confirmada. En este sentido, este Centro Directivo ha perfilado una doctrina consolidada en materia del ámbito de aplicación del convenio regulador como documento susceptible de acceso al Registro de la Propiedad una vez aprobado judicialmente, de modo tal que el mismo, si bien no debe ceñirse de manera estricta al contenido literal del artículo 90 del Código civil, sus disposiciones o estipulaciones deben apoyarse en él, permitiéndose de esta forma la adjudicación de bienes privativos cuando ello pudiera obedecer a una causa matrimonial concreta, tal y como resulta de los negocios relativos al uso o titularidad de la vivienda habitual o la necesaria y completa liquidación del régimen económico del matrimonio.

En caso de donaciones de bienes inmuebles, la regla general que condiciona su validez se recoge en el artículo 633 del Código civil, que impone su otorgamiento en escritura pública. Este rigor formalista, sin embargo, se ha dulcificado en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, cuya debida autorización en el convenio regulador obedece a una causa matrimonial concreta. Así se ha pronunciado este Centro Directivo en Resoluciones como la de 8 de mayo de 2012 (confirmada por otras de fecha posterior, como las de 18 de mayo de 2017 y 16 de mayo de 2019). En consecuencia, para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad debe tratarse de un negocio diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo, y cuya finalidad se entronque con el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 del Código civil.

Resolución de 2-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 10.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO

Debe comenzarse recordando que, como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en

exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar todos los extremos a los que alude el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre tales extremos se halla la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado. Parece evidente, como más adelante se analizará, que no todo procedimiento tiene un objeto o finalidad que permite la anotación de la demanda que lo ha originado.

El criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley (art. 42.10.º LH), constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, y, aunque con importantes matizaciones, ha sido sostenido por este Centro Directivo. Especialmente controvertida ha sido la aplicación de este principio general al caso de la anotación de demanda. La doctrina de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones relacionadas en los «Vistos», ha ido perfilando el ámbito de este tipo de anotaciones, hasta llegar a concluir que dicho precepto da cobertura, no solo a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que la demanda ejercite una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciará directamente una alteración registral.

Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad ante el peligro de que una futura insolvencia del demandado frustre la expectativa de cobro del actor, lo procedente es una anotación de embargo preventivo o, en su caso, de prohibición de disponer, si se dan los requisitos para ello.

Resolución de 2-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Elda, número 2

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. En el caso que ahora nos ocupa, las supuestas dudas sobre la identidad de la finca no se fundamentan en la gran magnitud del exceso de cabida (una finca de 543.792 metros cuadrados inscritos, que dice haber sido expropiada en parte, y que, pese a ello, acaba aumentando su superficie hasta un total de 1.160.280 metros cuadrados), ni en la alusión a que ese exceso de superficie pueda en realidad encubrir el intento de aplicar el folio de la misma finca inscrita a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, con lo que se estaría encubriendo

una agregación o agrupación. Simplemente se dice que el hecho de que una finca registral haya sido afectada por una expropiación parcial no inscrita, «implica de por sí que existan dudas fundadas en la identidad de la finca».

Para la descripción de la finca que es el resto de una expropiación, no es necesaria la previa inscripción de tal procedimiento, como no es necesaria la inscripción de una segregación no inscrita para disminuir la superficie en la finca matriz que posteriormente se transmite (Resolución de 14 de enero de 2013), por ello, aplicando la doctrina sobre el artículo 47 del Reglamento Hipotecario y georreferenciación de fincas, es posible inscribir la porción que es resto tras la expropiación ya que, conforme a los anteriores razonamientos, esto es posible siempre que se aporte una representación gráfica de esta porción. Y en casos como el que nos ocupa, lo procedente no es suprimir del folio registral la superficie expropiada como si nunca hubiera existido ni formado parte de la finca originaria, sino determinar con precisión cuál es la porción resto que no ha sido objeto de expropiación, y cuál es la porción que ha sido objeto de segregación y expropiación no inscrita y que ha de quedar registralmente vigente y «pendiente» para cuando la administración cumpla su obligación legal de inscribir dicha expropiación, todo ello conforme al artículo 47 del Reglamento Hipotecario y a la doctrina de la Dirección General antes citada. En cuanto a esta última cuestión, a la que la calificación no se refiere de forma expresa, debe recordarse que, según doctrina reiterada de esta Dirección General, lo esencial es la intervención de la Administración en el procedimiento correspondiente, como sucede en el presente caso, en el que consta que fue notificada ADIF en la tramitación del expediente y no se formularon alegaciones.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario.

La cuestión de la oposición se contempla en la regla sexta del artículo 203.1 que permite de forma clara la posibilidad de intervención en el procedimiento de los interesados, así como el modo de proceder en caso de oposición. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Corresponde al notario valorar en cada caso si la oposición se encuentra debidamente fundamentada, conforme a lo expuesto, a efectos de poder continuar el procedimiento o concluir el mismo.

Cabe recordar que la Resolución de 15 de enero de 2020 señaló que «como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 5 de marzo de 2014), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3) (...) También tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (cfr. Resoluciones de 5 de marzo de 2014 y 7 de septiembre de 2015)». Además, en el

presente caso la calificación recurrida es la única correspondiente al asiento de presentación vigente del documento en cuestión, ya que la anterior calificación lo fue en virtud de un asiento anterior ya caducado.

Resolución de 2-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

Debe comenzarse recordando que, como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar todos los extremos a los que alude el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre tales extremos se halla la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado. Parece evidente, como más adelante se analizará, que no todo procedimiento tiene un objeto o finalidad que permite la anotación de la demanda que lo ha originado.

El criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley (art. 42.10.º LH), constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, y, aunque con importantes matizaciones, ha sido sostenido por este Centro Directivo. Especialmente controvertida ha sido la aplicación de este principio general al caso de la anotación de demanda. La doctrina de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones relacionadas en los «Vistos», ha ido perfilando el ámbito de este tipo de anotaciones, hasta llegar a concluir que dicho precepto da cobertura, no solo a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que la demanda ejercite una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciará directamente una alteración registral.

Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad ante el peligro de que una futura insolvencia del demandado frustre la expectativa de cobro del actor, lo procedente es una anotación de embargo preventivo o, en su caso, de prohibición de disponer, si se dan los requisitos para ello.

Resolución de 3-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2.

ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Previamente hay que poner de relieve, que como bien sostiene la registradora, del acta notarial que es objeto del expediente, no resulta en ninguna de sus partes

la voluntad de los otorgantes de elevar a instrumento público el contrato de opción de compra celebrado en documento privado y unido a la misma a modo de testimonio; ni tan siquiera se ha producido una protocolización del mismo, ya que lo incorporado es una fotocopia a modo de testimonio. Es más, del contenido del acta citada, tan solo se exponen unos hechos y hacen unas manifestaciones para cumplimentar un requerimiento de notificación y la avenencia del destinatario a darse por notificado. Pero no se hacen disposiciones ni otorgamiento alguno por las partes, que suponga que en ese acto se pacte un contrato de opción de compra, ni se eleva a público el documento cuya fotocopia se incorpora, ni se protocoliza el original del mismo.

En cuanto al defecto relativo a la falta de los requisitos que la legislación hipotecaria exige para la inscripción de la opción, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción de la opción de compra, que figure la necesidad del convenio expreso de las partes para que se inscriba y el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la opción, que, por otro lado, no puede exceder de 4 años. Pues bien, ninguna de estas circunstancias, han sido pactadas por las partes en el documento privado cuya fotocopia se une al acta presentada.

Resolución de 3-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Calafell.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 209 LH.

La doble inmatriculación es sin duda una situación patológica que resulta del hecho de que una misma realidad física ha sido inscrita bajo dos o más fincas registrales distintas. El procedimiento para la subsanación de esta anomalía ha sufrido varios cambios en su regulación. Finalmente, la regulación del procedimiento para resolver las situaciones de doble inmatriculación ha experimentado un cambio radical con la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio. Dicha ley ha dado nueva redacción al artículo 209 de la Ley Hipotecaria, regulando de forma detallada un expediente de jurisdicción voluntaria que se tramita ante el registrador de la propiedad del distrito hipotecario en el que radique la finca doblemente inmatriculada.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

En el caso objeto de este expediente el registrador considera que la notaria ha resuelto con el otorgamiento de la escritura sobre la existencia de una doble inmatriculación, cuya apreciación corresponde a la actuación registral en el seno del procedimiento del citado artículo 209. Sin embargo, si tenemos en cuenta la

literalidad de la escritura calificada, no parece que pueda mantenerse el criterio del registrador. El registrador ha de considerar la escritura como una solicitud de inicio del expediente y, previas las investigaciones que prevé la regla tercera del artículo 209, tomar la decisión de si se puede apreciar la existencia de doble inmatriculación.

Respecto a la posibilidad de inscribir la obra nueva por antigüedad sobre la finca 21.388, deducida dicha antigüedad de los datos obrantes en la certificación catastral, no puede resolverse ahora sobre si la obra nueva queda o no amparada por la señalada certificación catastral, hasta que, una vez resuelto el expediente de doble inmatriculación, pueda determinarse la identidad de la finca registral sobre la que dicha obra se declara.

Resolución de 3-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Solo con las mencionadas cautelas puede garantizarse el adecuado desenvolvimiento del principio constitucional de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de la interdicción de la indefensión, con base en el artículo 24 de la Constitución. La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (cfr. arts. 40, 217 y 219 LH).

Si, como se expresa en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se produjo un error en el título anterior al reflejar que el comprador estaba casado en régimen de comunidad de bienes alemán, practicándose la inscripción a nombre de ambos esposos para su comunidad de bienes, cuando en realidad estaban casados conforme al régimen económico-matrimonial supletorio alemán de separación de bienes con nivelación de las ganancias, se trata de un defecto o error en dicho título al que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, el cual, como expresó la Resolución de este Centro Directivo de 13 de septiembre de 2005 «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial».

En el presente caso no es suficiente para practicar la rectificación pretendida que se acredite con un certificado de vigencia de leyes cuál era el régimen económico-matrimonial supletorio en Alemania ya que los cónyuges pudieron haber pactado en capitulaciones matrimoniales el de comunidad o bien podía resultar este régimen de aplicación por razón de la fecha de su matrimonio y por proceder de los Landers de Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thuringen (con inclusión del Land de Berlín), habiendo efectuado la declaración prevista en las Disposiciones Particulares aplicables a la transición del Derecho Federal, de manera que se mantuviese el régimen comunidad legítima regulado por el Código de Familia de la República Democrática Alemana —ya

que este era el régimen económico propio de la República Democrática Alemana al tiempo de la unificación—.

Resolución de 3-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Villacarriedo

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE

Hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados.

Esta Dirección General ha venido considerando que, no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos que recogen dichos actos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro.

Como señaló la Resolución de 9 de julio de 2011, y se ha recogido en muchas otras posteriores, convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.a, párrafo primero, RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, RH). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

En el supuesto de este expediente el procedimiento de recaudación de las deudas pendientes se ha notificado mediante publicación edictal la diligencia de embargo, a los posibles herederos conocidos, desconocidos e inciertos y demás

interesados legítimos del titular deudor fallecido, en relación con la herencia yacente, así mismo se notificó personalmente a doña M. C. G. M., como posible parte interesada, quien figura como esposa del deudor en el historial registral de la finca, y a doña A. B. y don M. M. G., hijos del causante, como posibles herederos. En consecuencia se ha cumplido el requisito de emplazar a alguno de los posibles llamados a la herencia.

Resolución de 3-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Armilla.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Según doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria o a los supuestos de caducidad o de extinción legal del derecho real de garantía inscrito recogidos en el artículo 210.1.8.^a de la Ley Hipotecaria.

En el caso de este expediente, al estar prevista e inscrita (*vid.* art. 144 LH) la posibilidad de prórroga de la hipoteca hasta un máximo de diez años, no se puede entender aplicable la caducidad convencional por el transcurso del año de duración de la hipoteca previsto inicialmente. Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca (Resoluciones de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014). O bien el transcurso de los plazos que figuran en el artículo 210.1.8.^a de la Ley Hipotecaria que se aplicarán a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias de todo tipo y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, es decir, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, siempre que hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía (Resoluciones de 2 de diciembre de 2015 y 21 de abril y 14 de noviembre de 2016).

Resolución de 4-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO JUDICIAL QUE NO SE HA SEGUIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Entrando en el fondo del objeto del recurso, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, por todas, la Resolución 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 este haya sido parte.

Como puso de relieve la Resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante.

Reiterando una asentada doctrina, la Dirección General de Registros y del Notariado ha afirmado en su Resolución de 2 de agosto de 2014 que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de derechos y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos que se haya mantenido vigente, no puede determinar su cancelación automática. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que una sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no estuviera vigente la anotación preventivamente de la demanda— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Resolución de 4-9-2020

BOE 2-10-2020

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: ACTA FINAL DE OBRA EN CASO DE FINCAS PERTENECIENTES A VARIOS COTITULARES

Como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 11 de diciembre de 2017), en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso.

Para declarar la obra inicialmente (ya se trate de declaración de obra nueva en construcción o declaración directa de obra nueva terminada) es preciso el consentimiento unánime de los conductores. Así resulta del artículo 397 del Código

civil. En cambio, para declarar solo el fin de obra, cuando ya consta previamente declarada la obra en construcción, en principio, basta con el consentimiento de la mayoría de los partícipes, conforme al artículo 47 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Ahora bien, esta regla especial y flexible debe ser matizada en los supuestos en que, como en este caso, se introducen modificaciones en el fin de obra respecto de la obra en construcción, en los que sí será necesario el consentimiento de todos los partícipes. El que las modificaciones introducidas puedan parecer accesorias de la instalación principal no justifica que se prescindiera del consentimiento de uno de los titulares del dominio.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Canovelles.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO EN LOS CASOS DE RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges.

Además de lo anterior hay que tener también en cuenta la regulación específica del Código civil catalán que en su artículo 233-2, respecto de las medidas definitivas propuestas por convenio regulador, incluye en su apartado 5 que el convenio regulador también debe contener, si procede: «d). La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa». 3. En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la liquidación del régimen de separación de bienes mediante la extinción de la comunidad existente sobre los bienes que se adjudican a cada uno — entre ellos, la vivienda familiar—, por lo que es indudable que conforme a la legislación que se ha mencionado no puede mantenerse el criterio de la registradora, sin que constituya óbice alguno a esta conclusión el hecho de que en la sentencia se indique que tales acuerdos no puedan ser objeto de ejecución en el procedimiento de familia sino en procedimiento de ejecución ordinaria, pues nada tiene que ver esta circunstancia con la inscripción solicitada.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Canovelles

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO EN LOS CASOS DE RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes,

pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges.

Además de lo anterior hay que tener también en cuenta la regulación específica del Código civil catalán que en su artículo 233-2, respecto de las medidas definitivas propuestas por convenio regulador, incluye en su apartado 5 que el convenio regulador también debe contener, si procede: «d). La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa». 3. En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la liquidación del régimen de separación de bienes mediante la extinción de la comunidad existente sobre los bienes que se adjudican a cada uno — entre ellos, la vivienda familiar—, por lo que es indudable que conforme a la legislación que se ha mencionado no puede mantenerse el criterio de la registradora, sin que constituya óbice alguno a esta conclusión el hecho de que en la sentencia se indique que tales acuerdos no puedan ser objeto de ejecución en el procedimiento de familia sino en procedimiento de ejecución ordinaria, pues nada tiene que ver esta circunstancia con la inscripción solicitada.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 7

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina de este Centro Directivo configuran la sociedad legal de gananciales, al igual que la generalidad de la doctrina científica, como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan ambos cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división material, mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas, y en donde cabe el ejercicio de la división de cosa común. Y por eso, en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial.

Teniendo en cuenta esta premisa, esta Dirección General (*vid.*, entre otras, la Resolución de 5 de julio de 2013) ha aclarado las distintas opciones que, para garantizar el principio de responsabilidad patrimonial universal, existen a la hora de anotar un embargo sobre un bien ganancial en el periodo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación. Así cabe distinguir tres hipótesis diferentes: En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058, 1401 CC), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.^a, «in fine», RH). En

tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.^a, «in fine», del Reglamento Hipotecario. En resumen: respecto de la sociedad de gananciales, es posible embargar la cuota abstracta de un cónyuge, pero no subastarla, pues la traba está llamada a ser sustituida por los bienes que se adjudiquen al deudor, que serán objeto de ejecución específica.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 4.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES: PRE-VIA INSCRIPCIÓN DE LAS CAPITULACIONES EN EL REGISTRO CIVIL

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

No constando en el presente caso la mencionada acreditación por ninguno de los medios expresados, no puede procederse a practicar la inscripción solicitada. No constituye obstáculo a esta conclusión el hecho de 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.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de La Unión, número 1.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NECESIDAD DE DEMANDAR AL TERCER POSEEDOR PARA PODER ANOTAR EL EMBARGO.

Siguiéndose el procedimiento de ejecución ordinaria y no el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados (arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) son indudables las diferencias existentes entre ambos. Baste señalar al respecto, que mientras en el procedimiento de ejecución ordinaria deben cumplirse trámites tan esenciales como el del embargo (cfr. arts. 584 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la valoración de los bienes embargados (cfr. art. 637 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, como se deduce del artículo 579 por su remisión a los artículos 681 y siguientes, dichos trámites no son precisos.

Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de

la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación deventría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización.

Entrando ya en la cuestión sustantiva reseñada por la registradora objeto de controversia en el recurso, debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho Hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). Se trata, por tanto, de la ejecución ordinaria de un crédito hipotecario resultando la inscripción del bien gravado a favor de un tercer poseedor con anterioridad al inicio del procedimiento judicial. Tal cuestión ha sido resuelta por este Centro Directivo de manera uniforme al afirmar que (*vid.* resoluciones citadas en «Vistos»), hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento».

Como se ha señalado, el párrafo primero del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona la legitimación pasiva del tercer poseedor a que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria (tanto si se ejecuta la acción real hipotecaria como la acción personal derivada del préstamo o crédito hipotecario, como es el caso) si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la suspensión de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral en el momento de presentación del mandamiento calificado, ya que es una mercantil que adquirió e inscribió el dominio en el año 2012.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Estella, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: PREVIA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA DE LA SUPERFICIE CONSTRUIDA

Es obvio, como señala el registrador, que una casa inscrita de 191 m² no se puede dividir horizontalmente en tres elementos privativos que suman 412 m² porque tal superficie total de edificación no consta previamente inscrita en el Registro de la Propiedad.

Cabe recordar, como invoca el registrador, que el artículo 53 letra a del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, establece que «no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión». Además, la propia legislación sustantiva permite justificar la exigibilidad de licencia como actuación que modifica «la disposición interior del edificio» o «suponer una mayor intensidad del uso del suelo» —artículo 190.2.d) y n).

El tercer y último defecto consiste en que al elemento privativo en planta baja (garaje de ciento setenta y dos metros cuadrados) se la asigna como anejo privativo todo el suelo no ocupado por la edificación y destinado a huerto de doscientos ochenta y siete metros cuadrados. Y el registrador sostiene que ello implica que «la totalidad del suelo no ocupado por la edificación ha dejado de ser elemento común para convertirse en parte (anejo) de un elemento privativo, susceptible de propiedad exclusiva y aprovechamiento independiente», y que ello precisa también autorización administrativa conforme al apartado 2 letra f del artículo 190 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio. Podríamos decir que, así como en la situación inicial la totalidad del huerto era suelo anejo al único elemento susceptible de aprovechamiento independiente que constaba declarado (la vivienda), ahora, en la situación final, la totalidad del huerto, sin fraccionamiento alguno, es suelo anejo a uno de los tres elementos privativos del régimen de la ley de propiedad horizontal. Por tanto, aunque no es cierta la afirmación del notario de que el huerto sigue siendo elemento común, pues pasa a ser anejo de un elemento privativo, sí que es cierto que no se ha producido un fraccionamiento del suelo.

Resolución de 15-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Coria.

OBRA NUEVA: REQUISITOS

En primer lugar plantea el registrador que el certificado municipal incorporado a la escritura no es hábil para acreditar la naturaleza urbana del suelo en el que se ubica la edificación y ello porque entiende que dicho certificado únicamente se refiere a una parcela catastral, no existiendo correspondencia entre esta y la finca registral, en los términos indicados por el artículo 45 de la Ley del Catastro, por existir una diferencia de superficie superior al 10%. El recurso debe estimarse en este punto. En la documentación incorporada al título presentado figura la representación gráfica de la finca registral alternativa a la catastral coincidente totalmente con la descripción tabular. Del informe de validación catastral resulta la localización coincidente con la referencia catastral a la que se refiere el certificado.

Una vez acreditado el carácter urbano del suelo en el que se ubica la finca, según se expone en el anterior fundamento, resulta superfluo entrar a analizar el segundo defecto que se refiere a la necesidad de aportar certificado acreditativo de que el suelo no se ubica en terrenos sujetos a régimen de imprescriptibilidad. No obstante lo cual procede analizar el mismo conjuntamente con el tercero de los defectos, relativo a que no expresa el certificado municipal que la finca no se ubica en suelo demanial ni está afectado por servidumbres de uso público general, a los efectos de recordar la doctrina sobre el particular. A la vista de esta exigencia, debe recordarse la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (cfr. «Vistos»), conforme a la cual el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística.

Para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara. En el caso que nos ocupa, los motivos que expone el registrador para dudar de la ubicación de la edificación pueden justificar la exigencia de inscripción de la representación gráfica, pero tal representación ya se incorpora en el propio título, del que resultan las coordenadas que ubican y delimitan la finca registral. Lo procedente, por tanto, es tramitar el correspondiente procedimiento para la inscripción de la representación gráfica alternativa incorporada al título.

Resolución de 16-9-2020
BOE 7-10-2020
Registro de la Propiedad de Mazarrón

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la

simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística.

Ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable la que debe establecer qué actos están sometidos a licencia, declaración de innecesariedad, u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral, cuya configuración como requisito de inscripción, sin embargo, corresponde al Estado.

En el presente supuesto, los indicios apreciados diligentemente por el registrador son confirmados por la Administración urbanística a través de los medios y competencias de que dispone en sede de disciplina urbanística, mediante resolución dictada en expediente de disciplina urbanística por la que se sanciona al infractor, se ordena la restauración del orden perturbado y solicita la práctica de la nota marginal del anterior artículo 228 de la Ley del suelo de Murcia, texto refundido 1/2005, vigente hasta el 6 de mayo del 2015, relativo a la constancia registral de la orden de ejecución de las operaciones necesarias para restaurar físicamente los terrenos a su estado anterior a la infracción, anotación que debe ser cancelada cuando se haya producido el restablecimiento del orden infringido —apartado tercero—. En dicha resolución municipal se hace constar la existencia de parcelación urbanística pues se está regulando de hecho una utilización de las parcelas de forma exclusiva que va más allá del propio uso que se alega, si bien, «no se discute ni se sanciona el negocio legal de Derecho Privado, sino su significación para el uso y ordenación del suelo». Para resolver la cuestión que se plantea en este expediente debe atenderse al propio contenido del artículo cuestionado, artículo 79 del RD 1093/1997 y el supuesto de hecho al que atiende en cada caso, para perfilar el esquema de actuación que ha de seguir el registrador según la respuesta que reciba de la Administración competente.

En el presente caso el Ayuntamiento concluye que se está articulando de hecho una parcelación urbanística al margen del planeamiento y tramita el oportuno expediente de disciplina ordenando la reposición del estado anterior, además de las sanciones procedentes al infractor y la constancia de nota marginal en el folio registral, pero no acuerda medida alguna de prohibición de disponer y parece no cuestionar la validez del negocio jurídico de venta de cuota indivisa.

Resolución de 16-9-2020
BOE 7-10-2020
Registro de la Propiedad de Mazarrón.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística.

Ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable la que debe establecer qué actos están sometidos a licencia, declaración de innecesariedad, u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral, cuya configuración como requisito de inscripción, sin embargo, corresponde al Estado.

En el presente supuesto, los indicios apreciados diligentemente por el registrador son confirmados por la Administración urbanística a través de los medios y competencias de que dispone en sede de disciplina urbanística, mediante resolución dictada en expediente de disciplina urbanística por la que se sanciona al infractor, se ordena la restauración del orden perturbado y solicita la práctica de la nota marginal del anterior artículo 228 de la Ley del suelo de Murcia, texto refundido 1/2005, vigente hasta el 6 de mayo del 2015, relativo a la constancia registral de la orden de ejecución de las operaciones necesarias para restaurar físicamente los terrenos a su estado anterior a la infracción, anotación que debe ser cancelada cuando se haya producido el restablecimiento del orden infringido —apartado tercero—. En dicha resolución municipal se hace constar la existencia de parcelación urbanística pues se está regulando de hecho una utilización de las parcelas de forma exclusiva que va más allá del propio uso que se alega, si bien, «no se discute ni se sanciona el negocio legal de Derecho Privado, sino su significación para el uso y ordenación del suelo». Para resolver la cuestión que se

plantea en este expediente debe atenderse al propio contenido del artículo cuestionado, artículo 79 del RD 1093/1997 y el supuesto de hecho al que atiende en cada caso, para perfilar el esquema de actuación que ha de seguir el registrador según la respuesta que reciba de la Administración competente.

En el presente caso el Ayuntamiento concluye que se está articulando de hecho una parcelación urbanística al margen del planeamiento y tramita el oportuno expediente de disciplina ordenando la reposición del estado anterior, además de las sanciones procedentes al infractor y la constancia de nota marginal en el folio registral, pero no acuerda medida alguna de prohibición de disponer y parece no cuestionar la validez del negocio jurídico de venta de cuota indivisa.

Resolución de 16-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: SEGREGACIÓN DE UN LOCAL

Se plantea si, con arreglo a lo establecido en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, es necesario aportar licencia o autorización administrativa para dividir un departamento privativo destinado a local de un edificio en propiedad horizontal, generando uno nuevo.

No hay duda, y así se afirmó en las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), precepto con el que está estrechamente relacionado, operando ambos de forma complementaria». Serán de plena aplicación las excepciones contenidas en el artículo 26.6, por remisión directa del citado artículo 10.3.b), por lo que no será exigible la intervención administrativa 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, y b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

Cabe afirmar, no obstante el carácter básico de la normativa citada, que la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales, y demás previstos en el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, corresponderá a la correspondiente legislación autonómica competente en materia de ordenación territorial y urbanística, según la doctrina reiterada de este Centro Directivo, acorde con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional — *vid.* resoluciones citadas en «Vistos»—. En el presente caso, es claro que con la segregación pretendida se crea un nuevo elemento privativo en régimen de propiedad horizontal, y no

existe, en la legislación autonómica aplicable, previsión alguna en cuanto al concreto acto de división de locales en edificios existentes. Deberá acreditarse la licencia administrativa de la que resulte autorizada la segregación del local, bien de forma específica, bien por resultar autorizada la obra para la segregación en los términos expuestos anteriormente, debiendo acreditar, en otro caso, mediante certificado municipal, la procedencia de otro tipo de intervención administrativa, para el acto de segregación de local que se pretende inscribir.

En el supuesto de hecho de este expediente consta acreditado por certificado técnico que «el local comercial objeto de la segregación coincidente con la división existente ya realizada sobre el mismo ya existe construido y dividido desde el año 2001 y está documentado con detalle en los planos acotados y descripciones escritas de la memoria del proyecto redactado en el año 2000 para la ejecución de su reforma por el arquitecto L. P. (...) exp. municipal 52306/2000 y con certificado final de obra a 30 de mayo de 2001. Además en dicho expediente ya estaba prevista la existencia de dicho local (...)». Por lo que se utiliza uno de los medios previstos en el artículo 28.4 para acreditar la antigüedad de la segregación tal y como se describe y no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto.

Resolución de 16-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario (*vid.* también el apartado 3 del mismo artículo 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna»).

Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante este supuesto, toda vez que se trata de una instancia privada cuya finalidad no es provocar asiento registral alguno, sino demandar del registrador la no inscripción de documentos judiciales todavía no presentados. A la misma conclusión se llega por aplicación de la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual

en aras de la independencia del registrador a la hora de emitir la calificación, es improcedente que se tomen en cuenta meros escritos que denuncien situaciones anormales de posibles títulos inscribibles.

Resolución de 16-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado (cfr. Sentencia de 31 de julio de 1995) que el artículo 1504 del Código civil es aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita. Los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil, son los siguientes: 1. Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2. 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, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995); y, 3. El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 RH).

En este expediente, el recurrente alega en su escrito que el permutante sí fue notificado, pero tal afirmación no fue acreditada al tiempo de presentar la instancia y, por tanto, no pudo ser tenida en cuenta por la registradora en su calificación (cfr. art. 326 L.H.).

Resolución de 16-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Orcera

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

En primer lugar conviene recordar que el recurso no es medio adecuado en caso de pretenderse la revocación de una inscripción ya practicada. De esta manera, el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales reconocido por el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, como resulta de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas citaremos la Resolución de 17 de enero de

2001) impone que el recurso gubernativo no permite plantear cuestiones relativas a asientos registrales vigentes, debiendo dirimirse las mismas en sede judicial respetando el principio de tutela judicial efectiva de todos aquellos que pudieran ostentar interés legítimo en el mismo.

Resolución de 16-9-2020
BOE 7-10-2020
Registro de la Propiedad de Viveiro.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca colindante. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 16-9-2020
BOE 7-10-2020
Registro de la Propiedad de Cebreros

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE

Como ha reiterado este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»).

Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Como resulta de la doctrina de este Centro Directivo antes expuesta, el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso debiendo limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

También ha aclarado esta Dirección General, respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa a los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en Resolución de 19 de septiembre de 2015. Distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les hubiera hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (Resolución de 15 de noviembre de 2016).

Resolución de 17-9-2020

BOE 7-10-2020

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 3

REPARCELACIÓN: REVERSIÓN EN CASO DE ANULACIÓN

La calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. art. 99 RH). Por lo que aplicando esta doctrina al caso objeto de este expediente en el que se pretende la anulación del título de reparcelación inscrito y consecuente cancelación de asientos registrales, resulta evidente que entra dentro de la calificación del registrador valorar la congruencia de dicho mandato con el procedimiento en que se dicta, y si este es el previsto o uno de los previstos por el legislador para tales efectos.

En el propio texto del acuerdo administrativo se deja constancia de las dudas que plantea la utilización de esa vía procedimental para anular un acto favorable respecto al que no cabe recurso, pero que infringe el ordenamiento jurídico por vulnerar el Plan General vigente, aun cuando no sea un supuesto de nulidad de pleno derecho. El presente supuesto plantea un supuesto problemático que, pese a su complejidad y trascendencia ha carecido hasta tiempos recientes de una expresa regulación legal. Se trata de la denominada «reparcelación inversa» o

«reversión de la reparcelación» que se hace necesario formalizar para dejar sin efecto, por diversas causas, una reparcelación aprobada e inscrita en el Registro de la Propiedad. Esta situación patológica ha motivado la intervención del legislador en el caso de Castilla-La Mancha y la Comunidad Valenciana.

Entendemos que, ante la falta de norma específica, la reversión de la reparcelación con el objeto de dejar sin efecto un proyecto de reparcelación inscrito, cuando no es objeto de anulación, debe articularse a través de la tramitación de una modificación del proyecto que, en el caso de la legislación aragonesa aplicable al caso, se somete a los mismos requisitos procedimentales que su aprobación —arts. 147 y 68 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—. Pues bien, esto es lo que se hace en el expediente objeto de recurso. No procede por tanto exigir la revisión de oficio cuando no ha habido nulidad de pleno derecho sino mera anulabilidad, y además existe conformidad de los interesados para la subsanación del procedimiento. En el presente expediente el Ayuntamiento acuerda en 2019 la anulación del acto administrativo firme aprobatorio del proyecto de reparcelación del año 2001 invocando causa de anulabilidad y en procedimiento seguido a instancia de los interesados, por lo que resulta evidente que se ha seguido el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo para la subsanación de vicios de anulabilidad, a través de la modificación del proyecto de reparcelación, y su retroacción al momento en que se incurrió en la irregularidad no invalidante.

La firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro. Así se deduce claramente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Con todo, no puede negarse la eficacia rectificatoria de dicha resolución si ha agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios, pues, con carácter de regla general (no exenta de excepciones y de matizaciones importantes: *vid.* «ad exemplum» artículo 52.4.a del texto refundido de la Ley de Suelo, o artículo 29 del Reglamento de Costas), es necesaria y suficiente la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 21-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Lalín

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que

basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del Registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca colindante. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Requena.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. RECURSO GUBERNATIVO: VALOR DEL INFORME DEL REGISTRADOR

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la registradora, en una escueta nota de calificación (antes transcrita), se limita a señalar como defecto la falta de aportación de un certificado que acredite la correspondencia de parcelas catastrales. Es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos, ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Parla, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS DE SUB-COMUNIDADES NO CONSTITUIDAS FORMALMENTE

Esta Dirección General ha considerado que debe atenderse a la diversidad de situaciones fácticas que pueden surgir a lo largo del tiempo para la organización de las comunidades de propietarios análogas a las que recaen sobre los elementos comunes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y que puede no hayan tenido el adecuado reflejo registral, lo que unido a la razón

inspiradora de la redacción del citado precepto, hacen necesario que las actas, reflejo de sus acuerdos, puedan revestirse de oficialidad mediante el diligenciado correspondiente de sus libros, siempre y cuando de la instancia presentada se vea claramente que el libro está llamado a reflejar acuerdos propios de un régimen de propiedad horizontal, subcomunidad o conjunto inmobiliario o afecte a acuerdos de un órgano colectivo de tal índole que recoja intereses específicos. Esta interpretación favorable a facilitar la toma de razón de los acuerdos de determinadas comunidades no puede llegar al extremo de admitir la legalización de cualquier tipo de comunidad ordinaria, aun cuando se dote de estatutos o normas, si no cumple las condiciones para la aplicabilidad de la normativa antes reseñada.

Frente a lo manifestado por la registradora, el recurrente no pretende legalizar un libro que recoja los acuerdos de una mancomunidad de edificios —la urbanización— que ya tiene legalizado otro libro (lo cual no sería posible sin acompañar el anterior íntegramente utilizado) sino legalizar los correspondientes a cada subcomunidad que la integra. En definitiva, nada obsta a que se legalice y se haga constar en el libro de legalizaciones, la diligenciación de los libros de actas de las tres subcomunidades.

En estos casos en los que no existe inscrita específicamente las distintas subcomunidades aunque sí los edificios, y no consta el acuerdo de la supracomunidad que sí tiene reflejada registralmente la diligenciación del libro de actas, para evitar confusiones y clarificar los efectos registrales, también será necesario que en la diligencia de legalización se exprese —y no solo en la nota al margen del asiento de presentación y en la nota al pie de la solicitud de legalización— que por no resultar de los asientos del Registro de la Propiedad la constitución de la subcomunidad de usuarios y por no constar su reflejo en el libro de actas de la mancomunidad —en definitiva por falta de tracto sucesivo—, no se ha consignado por nota al margen de la inscripción de las fincas que según el título la componen, la legalización de los libros y que la consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos el relativo a la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando el mandamiento de anotación se vuelve a presentar en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo del que dimana ya se había producido. En consecuencia, se rechaza la cancelación de las cargas posteriores, al estar caducada la anotación del embargo ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

El hecho de que se hubiera ya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Podría pensarse

que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el Registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario.

No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 LH). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL

Reiterando una asentadísima doctrina, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado, en su Resolución de 2 de agosto de 2014, que está claro que la declaración de nulidad de una escritura pública u otro título formal en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de titularidades y cargas posteriores (y que, en su caso, no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos), no puede determinar su cancelación automática. Es preciso tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos, y d) que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento y que hayan sido vencidos en dicho procedimiento.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana

DOCUMENTO PRIVADO: NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DE FIRMA. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: LEGITIMACIÓN PARA INSTARLO

Como señaló la Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 2019 «...es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, a los efectos de su calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten han de ser públicos (art. 3 de la LH), y en los excepcionales casos en los que se admite un documento privado, la firma del solicitante ha de estar legitimada notarialmente o bien ratificada ante el Registrador oportuno a efectos de dotar de autenticidad al documento».

Procede también confirmar los restantes defectos señalados en la actual y vigente nota de calificación de la instancia privada. Tales defectos, en esencia, tienen todos el mismo fundamento y razón última, a saber: que la solicitante no es titular registral, y ni siquiera lo es su supuesto causante, sin que tampoco se presenten ahora los documentos auténticos que permitan practicar las inscripciones previas procedentes para cumplir con el principio de tracto sucesivo enunciado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, las cuales inscripciones previas otorgarían a la solicitante la legitimación registral requerida por el artículo 199 o el 201 de dicha Ley, y de la que actualmente carece, para solicitar la inscripción de rectificaciones descriptivas.

Resolución de 24-9-2020

BOE 9-10-2020

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: RECTIFICACIÓN DE LA TITULARIDAD GANANCIAL CON CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL ACREDITATIVA DE LA SOLTERÍA DE UNO DE LOS TITULARES

Como ya se reflejó en la referida Resolución de 17 de enero de 2020, toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativas a la rectificación del Registro, parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Como también se señaló en la citada Resolución de 17 de enero de 2020, la prueba de la soltería a los efectos de rectificar la inscripción del titular registral en el Registro de la Propiedad requeriría como condición necesaria, certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio de la persona (sin perjuicio de los supuestos de nulidad matrimonial). Pero para acceder a la modificación del contenido del Registro de la Propiedad

y del carácter de ganancial con que publica la titularidad del bien, es preciso contar con el consentimiento de la persona que ve afectada su posición jurídica por el pronunciamiento registral o bien resolución judicial en la que esta haya tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento.

Resolución de 28-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de Mondoñedo

HERENCIA: EFECTOS DE LA PRETERICIÓN EN DERECHO GALLEGO. HERENCIA: LEGADO DE UN BIEN GANANCIAL

La Dirección General de Registros y del Notariado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias pero referida a la existencia de preterición. Así, en la Resolución de 2 de agosto de 2018 que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio de ese Centro Directivo en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001.

Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos. Si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina —conforme al artículo 814 del Código civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981— la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los Tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que estos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada.

Así pues, con independencia de si la preterición es intencional o no, cualquier actuación en la partición de la herencia del esposo —primer causante—, en la que intervenga su hija en su condición de preterida, requerirá, bien el consentimiento y convenio de todos los beneficiados e interesados, o en su defecto, la previa declaración judicial de la preterición de la legitimaria.

Pero la vigente Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, adopta el modelo *pars valoris* y reproduce el sistema adoptado en Cataluña. Así, el artículo 249 dispone que «El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». En definitiva, a efectos de este expediente, tratándose de una sucesión de causantes sujetos a Derecho civil gallego, la legítima tiene una naturaleza especial *pars valoris*, lo que permite que, en esa liquidación de bienes comunes, el legitimario ostente solo un derecho al valor. La consecuencia de todo ello es la posibilidad del pago de la legítima con caudal extrahereditario. Pero esto supone que la legitimaria haya sido llamada a la sucesión, de manera que, habiendo sido preterida, y a falta de convenio entre todos los interesados y beneficiarios

de disposiciones —en el supuesto concreto falta el legatario—, se hace precisa una declaración judicial determinando su condición y derechos de legitimaria.

En el caso de disposición de la cosa ganancial, cabe que se extienda a la totalidad de la misma por adjudicación a la herencia en la liquidación de gananciales; y en la de disposición de los derechos sobre la cosa ganancial se extendería a la mitad indivisa por consentimiento del cónyuge superviviente o sus herederos. En definitiva, distingue la ley entre la disposición de un bien ganancial y la de los derechos que ostente el testador sobre un bien ganancial, de manera que, en ambas, remite al valor de la totalidad o de la mitad de la cosa dispuesta en herencia, legado o adjudicación. Pudiendo concretarse en la primera a la totalidad si se adjudica en la liquidación de los gananciales a la herencia; y en la segunda, pudiendo concretarse en la mitad indivisa si el cónyuge superviviente lo consiente.

Resolución de 28-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra, número 1

HERENCIA: RENUNCIA QUE LUEGO ES RECTIFICADA POR LOS RENUNCIANTES

La Ley 222 de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra recoge los principios y funcionamiento de la sustitución vulgar. En consecuencia, habiéndose renunciado a los legados, y existiendo ordenada una sustitución vulgar en los mismos, se procede al llamamiento a los descendientes sustitutos vulgares de las legatarias. En consecuencia, sea cual fuere la naturaleza del legado, no ha quedado vacío de contenido, ya que están llamados los sustitutos de las legatarias renunciadas, o, en caso de falta de ellos, las herederas por integración de los bienes legados en la masa de la herencia. Pero ocurre en el caso de este expediente que se ha producido una modificación de la titularidad de los bienes como consecuencia de la escritura de complemento y rectificación de la de adjudicación de herencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003 afirmó, en relación con una repudiación de herencia respecto de la cual se alegaba su ineficacia por el error vicio en la declaración, que «La norma de irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia, es una norma imperativa cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia, y que el artículo 997 no establece distinción alguna a este respecto; de acuerdo con el texto legal, la eficacia de la repudiación de la herencia solo se ve alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio del consentimiento o en la aparición de un testamento desconocido, ineficacia que ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción que aquí no ha sido utilizada».

En el concreto supuesto, a través de las manifestaciones de las otorgantes en la escritura de subsanación, se deduce que se trata de un error en el consentimiento, posiblemente en su modalidad de error de derecho, según lo dicho, pues los efectos jurídicos del acto realizado parecen no ser los que los otorgantes pretendían, en cuanto sustituyen una repudiación pura y simple por una renuncia traslativa (asumiendo que, en esta última, no entraría en juego la sustitución vulgar ordenada por la causante), pero no es clara tal apreciación ya que la declaración de

voluntad inicial se había producido previamente informada por el notario autorizante, e incluso cabría cuestionar que el error de derecho fuera admisible como causa de impugnación de la repudiación, dada la restrictiva admisión del mismo ya aludida. Pero aun admitiendo la eficacia de esa clase de error en esta materia, es claro que para producir efectos en el ámbito notarial y registral la rectificación siempre deberá ser consentida por todos los posibles afectados por la misma.

Resolución de 28-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR SIN INTERVENCIÓN DE LEGITIMARIOS

Ciertamente, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero, CC), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada.

En el presente caso las anteriores consideraciones no pueden impedir la inscripción pretendida porque la partición es realizada por los albaceas contadores-partidores. Como ha quedado expuesto, los albaceas contadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, confeccionaron el cuaderno particional y la intervención de los herederos, en los términos que se han detallado en el relato fáctico, no desvirtúa el carácter unilateral propio de las particiones practicadas por contador partidor, que no requieren de la aprobación de los herederos y legitimarios. Lo que ocurre en este caso es que, a pesar de la unidad documental que representa la escritura pública otorgada, en la misma se formaliza una pluralidad negocial. El instrumento público que da origen a este recurso solemniza, además de la partición, otros actos como la aceptación de la herencia y la aceptación de las adjudicaciones particionales. Mas la concurrencia en un solo documento de esta diversidad negocial no borra ni desdibuja la autonomía de cada acto, y especialmente la autonomía y unilateralidad de la partición, ni los efectos que le son propios.

Resolución de 28-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CÓNYUGES EXTRANJEROS: DETERMINACIÓN

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de

un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. Por otra parte, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario. No obstante, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

En el presente caso, atendiendo a la fecha de celebración del matrimonio de la compradora, posterior al día 29 de enero de 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros.

En el presente caso, el notario ha cumplido con la mayor diligencia, según las normas legales y reglamentarias antes citadas, su deber de reflejar en la escritura autorizada cuál es el régimen económico matrimonial de la otorgante. No puede el registrador exigir que se acredite la elección de residencia habitual común tras la celebración del matrimonio ni el acuerdo o aprobación del otro cónyuge. Además, en el presente caso, por tratarse de la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico matrimonial sino simple aplicación de la ley material de Reino Unido, y el notario ha precisado cuál es esta ley aplicable así como su alcance, al afirmar, por su conocimiento directo, que en dicho sistema legal existe «absoluta separación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que conduce a la libre administración y disposición de cada uno sobre sus bienes propios» (cfr. art. 36 RH).

Resolución de 30-9-2020
BOE 14-10-2020
Registro de la Propiedad de Sort.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la

rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 9 de noviembre de 2009).

A la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad de su práctica ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Resolución de 30-9-2020
BOE 14-10-2020
Registro de la Propiedad de Gavá

ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA O LEASING INMOBILIARIO: PROHIBICIÓN CONTRACTUAL DE LA LIBRE CESIÓN DE LA POSICIÓN DE ARRENDATARIO SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR

En la actualidad la posición jurisprudencial y doctrinal mayoritaria, define el contrato de arrendamiento financiero como un contrato complejo y atípico, con causa unitaria, que exige la inclusión necesaria de la opción de compra residual como elemento esencial de la sinalagmática contractual, en el que el arrendador financiero es propietario de los bienes cedidos, mientras que el arrendatario financiero es titular de un derecho real de uso con opción de compra. Por tanto, la relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación. Por tanto, el leasing no es una mera suma de un arrendamiento y una opción de compra, sino un negocio jurídico de financiación de naturaleza compleja y causa unitaria, en la que es lógico y connatural que no queda novación por sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 1205 CC).

Respecto del derecho de opción, si bien, como se acaba de indicar, en el caso del arrendamiento financiero no es posible desdoblarse el mismo del contrato en su conjunto, del arrendamiento o facultad de uso, la jurisprudencia define el contrato de opción como aquel en el que una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato, que ha de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1987 y de 1 de diciembre de 1992).

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, no cabe duda de que el derecho de arrendamiento financiero, y por tanto el derecho de opción de compra que es inseparable del mismo, como resulta de su propia naturaleza, tiene en el caso de este expediente naturaleza real, pues consta inscrito en el Registro. Es cierto, como señaló la Resolución de 26 de marzo de 1999, que una cosa es el respeto a la validez del derecho inscrito y otra bien diferente es la pretensión

de eficacia *erga omnes* de cualesquiera cláusulas estipuladas con ocasión de su constitución. Solo en la medida en que dichas cláusulas delimiten el contenido del derecho real inscrito, tendrán aquellas el alcance inherente a este último, más si su carácter fuera puramente personal, bien por su naturaleza, bien por deducirse así del contenido del pacto, no se alteraría esta por el hecho de su inscripción (cfr. art. 98 de la Ley Hipotecaria) y solo podrían desenvolver su eficacia en el restringido ámbito de quienes la estipularon (cfr. art. 1.257 CC).

En virtud de ello, resulta claro el carácter real de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento financiero transcrita en la inscripción del mismo y en consecuencia es necesario acreditar la obtención del previo consentimiento expreso y escrito del arrendador a la cesión por parte de los arrendatarios financieros de todos los derechos y obligaciones que los mismos ostentan en el contrato de arrendamiento financiero inmobiliario inscrito para poder inscribir dicha cesión de derechos. Lo que la cláusula sexta del contrato de leasing inscrito establece es propio de un contrato unitario de financiación, en la que cabalmente no cabe cesión contractual sin consentimiento de arrendador financiador. De la misma manera que no cabe cesión de la posición de deudor hipotecario sin consentimiento del acreedor, y eso no implica una prohibición de disponer en un negocio oneroso.

El contrato de arrendamiento financiero, con opción de compra por tanto, que ahora nos ocupa fue otorgado en escritura autorizada el día 25 de octubre de 1999, cuando todavía no se había aprobado el libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, y tampoco siquiera la mencionada Ley 22/2001. En consecuencia, el artículo 568-9 del Código civil de Cataluña no puede ser aplicable.

Resolución de 30-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de O Barco de Valdeorras

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: DURACIÓN DE LAS LIMITACIONES

La vivienda (la mitad indivisa) cuya transmisión se pretende inscribir tiene la consideración de Vivienda Protegida de Promoción Privada en Galicia y, con ello, queda sujeta a las normas establecidas por la legislación de dicha comunidad autónoma para garantizar la efectividad del régimen de protección oficial, en cuanto les sean aplicables. La duración del régimen legal de protección de las viviendas protegidas depende de varios factores: de la tipología de vivienda de que se trate, de las ayudas concedidas para su adquisición, y por fin, de la fecha de la calificación definitiva de la misma. Dado que el año en que la finca objeto de la donación fue calificada definitivamente como protegida y el préstamo cualificado obtenido para su adquisición es de 2001, queda sujeta al Plan de Vivienda para el periodo 1998-2001, regulados en el ámbito estatal por el Real Decreto 1186/1998 y en el ámbito autonómico por el citado Decreto 345/1998, de Galicia. De este modo, el plazo de duración del régimen legal de protección de las viviendas para las que se hubieran obtenido condiciones especiales de financiación será el que se determine en la calificación definitiva, haciéndose extensivo en todo caso al periodo de amortización del préstamo cualificado, y debiendo ser como mínimo de quince años contados desde la fecha de la declaración definitiva, transcurrido el cual podrá solicitarse la descalificación voluntaria a petición de los propietarios.

La transmisión *inter vivos* de las viviendas protegidas transcurridos diez años desde la fecha de formalización del préstamo cualificado es plenamente posible y

libre, mientras que su transmisión antes de transcurrido dicho plazo únicamente puede llevarse a cabo si se cumplen las condiciones que los transcritos preceptos exigen, esto es, si lo autoriza la comunidad autónoma, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas a la administración o administraciones concedentes, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción.

Resolución de 30-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de O Barco de Valdeorras

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La inscripción de una representación gráfica con la peculiar configuración física que concurre en este caso (viales); la enorme desproporción respecto a la superficie registrada; la oposición de los colindantes y el previo pronunciamiento judicial, ponen de manifiesto cuestiones sobre la reordenación de los terrenos y, en particular, sobre su ordenación urbanística que deberán dilucidarse en los cauces correspondientes, pero no en el expediente de inscripción de representación gráfica. Y ello porque no puede olvidarse que los artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria proscriben la inscripción de la representación gráfica cuando con ello se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente. No obstante lleva razón el recurrente en lo relativo a que no corresponde al registrador apreciar cuál sea la realidad física actual de la finca más allá de la representación gráfica catastral aportada, la cual goza de presunción de veracidad (cfr. art. 3 de la Ley del Catastro), ni tampoco cuál sea el destino de la finca, en particular, a viales.

Resolución de 30-9-2020

BOE 14-10-2020

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE

Con carácter previo hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral

está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados. 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.

Como resulta de la doctrina de este Centro Directivo antes expuesta, el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso debiendo limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. También ha aclarado esta Dirección General, respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en la Resolución de 19 de septiembre de 2015. Distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les hubiera hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (Resolución de 15 de noviembre de 2016).

Como señaló la Resolución de 9 de julio de 2011, y se ha recogido en muchas otras posteriores, convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.a, párrafo primero, RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, RH). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados

a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

En el supuesto de este expediente, el fallecimiento del titular registral se produjo antes de iniciarse el procedimiento ordinario de origen en el que se reclamaron las cantidades impagadas, por lo que la demanda se dirigió contra la herencia yacente y los desconocidos herederos habiéndose efectuado en su seno todas las diligencias necesarias para localizar a algún potencial heredero del deudor. Dos de los posibles herederos, hermanos del causante, acreditan su renuncia a los derechos hereditarios efectuada con anterioridad a la interposición. La tercera posible interesada, renuncia a sus derechos con posterioridad a haber sido emplazada en el proceso ordinario. Por lo tanto, conforme a la anterior doctrina es cierto, como alega la recurrente, que en el proceso inicial del que trae causa el de ejecución se cumplen los requisitos de intervención.

En el caso que nos ocupa, el posterior proceso de ejecución no se dirigió frente a alguna persona cierta y determinada que pudiese considerarse como interesada en la herencia, pues mediando la renuncia de los todos los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa a los siguientes en orden, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; y sin que tampoco pueda sustituirse el requisito de su intervención por la notificación de la demanda ejecutiva a doña P. C. S. M. P., ya que, en dicho momento, la renuncia de la citada señora ya se había hecho efectiva por lo que no se la puede considerar como interesada en la reseñada herencia.

Resolución de 1-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Tías

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE INGLÉS

El recurso plantea, como única cuestión, un tema ya resuelto por este Centro Directivo. Concretamente si debe exigirse en una sucesión sujeta a Derecho británico (Inglaterra y Gales) el acompañamiento de la resolución, expedida por el «Probate Service» no contenciosa y más próxima, en el Derecho español, con las consiguientes adaptaciones, a un acto de jurisdicción voluntaria, conocida por «probate» («Grant of Representation»), con la peculiaridad de que el testamento ante notario español, correctamente extendido a la totalidad de sus bienes, en el que el causante ordenaba «*professio iuris*» a la ley nacional del testador, y concretamente a su «*domicile*», se otorgó después de la entrada en aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, y por tanto si este hecho —no tratarse de un supuesto transitorio contemplado en el artículo 83.2 del Reglamento— varía en algo la apreciación que del supuesto ha hecho este Centro Directivo en sus Resoluciones de 2 de marzo de 2018 y 14 de febrero de 2019.

Es de aplicación el artículo 14 de la Ley Hipotecaria. De este precepto resulta con claridad que en nada se hace preciso, en este concreto supuesto que se examina, conforme al ordenamiento español y pese a no existir reenvío al mismo, la designación de un ejecutor por el Probate Service británico, institución referida a la liquidación de bienes en Reino Unido. Finalmente, la exigencia del registrador relativa a que debe solicitarse en Reino Unido el Probate y que sea la negativa a su expedición la que demuestre su innecesariedad, por no existir bienes en Reino Unido, además de suponer un trámite costoso y dilatorio y por lo tanto

contrario a la interpretación del Reglamento, dirigido a facilitar la vida de los ciudadanos europeos —en su aplicación universal—, resulta incompatible con el tenor del artículo 12, párrafos 1 y 2 del Reglamento (UE) 650/2012, facilitando precisamente la sucesión de bienes en un Estado miembro cuando esté implicado un tercer país, como lo es Reino Unido.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: NECESIDAD DE FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ORDENE SU CANCELACIÓN

El presente recurso tiene por objeto un mandamiento que ordena la cancelación de una anotación preventiva de demanda. Dicho mandamiento se libra en cumplimiento de un auto dictado por el mismo Juzgado, auto que, como se reconoce en el propio mandamiento, no es firme, dado que ha sido recurrido en apelación sin efectos suspensivos.

La exigencia de firmeza de las resoluciones judiciales que hayan de provocar asientos definitivos en el Registro (inscripciones y cancelaciones) encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al titular registral. Centrados en el caso objeto del expediente, quien obtiene a su favor una anotación de demanda nunca podrá ser considerado como tercero protegido por la fe pública. Solo consigue dar publicidad a la pendencia de un proceso judicial y evitar que el juego de la fe pública registral pueda provocar la imposibilidad de que la sentencia definitiva que se dicte en el proceso se ejecute en iguales condiciones que las existentes cuando dicho procedimiento comenzó. Sin embargo, cuando se procede a la cancelación de una anotación preventiva de demanda sí que se genera una situación irreversible, que puede dar lugar a la aparición de terceros que, dado que ya no existe publicidad registral de la pendencia del proceso, podrán quedar protegidos por la fe pública frente a los efectos de la sentencia que pueda dictarse al finalizar el procedimiento.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2

HIPOTECA: SUBROGACIÓN EN LA TITULARIDAD DE LA HIPOTECA POR PARTE DEL FIADOR QUE HA PAGADO LA DEUDA

La subrogación del fiador como tercero interesado que paga la deuda no ha sido puesta en duda por el registrador calificador, sino que la cuestión que se dilucida en este expediente consiste en determinar cuál es el título formal necesario para reflejar esa subrogación en el Registro de la Propiedad y si el mismo debe contener una manifestación expresa del acreedor primitivo acerca de su consentimiento a la subrogación, más allá de admitir el pago realizado por parte de un tercero.

Cuando, como en el supuesto presente, aunque ha vencido la deuda cuyo pago se realiza, y aunque quien paga dicha deuda es el fiador a favor de quien

opera el ya citado artículo 1839 del Código civil, no puede acudir al citado procedimiento de la Ley 2/1994 porque ni el nuevo acreedor es una entidad de crédito ni el supuesto encaja en el artículo 1211 del Código civil, el procedimiento adecuado para formalizar la subrogación del tercero viene constituido por el procedimiento general de ofrecimiento de pago y consignación regulado en los artículos 1176 a 1181 del Código civil y 98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, debidamente adaptado al supuesto concreto.

Esta solución es congruente con el carácter indisponible del procedimiento registral y con el principio de legitimación que impone el consentimiento de la persona a cuyo favor aparezcan inscrito el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, o la resolución judicial alternativa dictada en procedimiento en que la misma haya sido parte, para poder inscribir los títulos por los que se transmitan, modifiquen, graven o extingan tales derechos reales.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En primer lugar, la circunstancia de existir un cambio en la numeración de la calle no puede generar, en el caso que nos ocupa, duda alguna ya que, tal y como alega el recurrente, en el historial registral de la finca consta ya la referencia catastral de la finca. En segundo lugar, en cuanto a la magnitud de la diferencia de superficie, esta Dirección General ha señalado (desde la Resolución de 17 de noviembre de 2015 que es reiterada en numerosas posteriores como las de 22 de octubre de 2018, 8, 19, 27 y 28 de noviembre de 2018), que «el procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos. Respecto a las dudas de invasión de dominio público, es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en el sentido de que, en caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente.

Por todo lo expuesto, debe entenderse que lo procedente es iniciar la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, dado que no se aprecian de dudas de identidad sobre la representación gráfica cuya inscripción

se solicita, relativas a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, en los términos señalados en los anteriores fundamentos. Y sin perjuicio de la calificación que proceda a la vista de lo que se actúe en el procedimiento.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Constituye un principio básico en nuestro derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). Por ello, la rectificación registral debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores materiales, esta intervención es necesaria. Esto es así porque, en caso de error, la inexactitud viene provocada por la actuación equivocada del registrador al extender los asientos, de forma que lo que publica el Registro contraviene lo querido por las partes y plasmado correctamente en el título, mientras que cuando la inexactitud es consecuencia de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación del Registro precisará el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuye algún derecho, pero no del registrador cuya actuación ha sido ajena al origen de la inexactitud.

En el presente supuesto, al inscribirse la servidumbre se confundió el predio sirviente con el predio dominante y a la inversa. Por ello, la rectificación no puede practicarse sin consentimiento de los titulares registrales o bien a través del correspondiente procedimiento judicial.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN CON RELACIÓN AL IVTNU

Consta en la escritura calificada, de adición de herencia, todas las circunstancias necesarias para su inscripción, con nota de presentación en la oficina liquidadora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aportándose igualmente el título de la sucesión, acta de declaración de herederos ab intestato autorizada por la notaria que fue de Valdepeñas, doña María Elena RAMOS GONZÁLEZ, el 1 de julio de 2004, compareciendo en la indicada escritura todos los interesados en la misma.

Solo es admisible la comunicación, a efectos de levantar el cierre registral en relación con el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de

naturaleza urbana, en el caso de transmisiones a título oneroso, quedando excluida esta posibilidad en el caso de las transmisiones a título lucrativo. En estos casos, de conformidad con el artículo 254.5 de Ley Hipotecaria deberá presentarse la correspondiente autoliquidación del impuesto o la declaración, siendo además el sistema de autoliquidación el establecido como obligatorio por el Ayuntamiento de Alicante en la Ordenanza municipal citada en los vistos.

En este mismo sentido el acuerdo suscrito entre el Consejo General del Notariado y la Federación Española de Municipios y Provincias el 4 de abril de 2013 relativo a la gestión del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana al que se adhirió el Ayuntamiento de Alicante el 25 de junio de ese mismo año, determina que el sistema de comunicación que en dicho acuerdo se establece «solo resulta aplicable a las transmisiones *inter vivos* de carácter oneroso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria» y por tanto sin que pueda utilizarse para el resto de negocios jurídicos, singularmente las transmisiones *mortis causa*.

Resolución de 8-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

DOCUMENTOS JUDICIALES EXTRANJEROS: INSCRIPCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN DE DIVORCIO Y ALIMENTOS DICTADA EN GRAN BRETAÑA.

En cuanto a las fuentes normativas, la resolución judicial británica —dictada al amparo de un procedimiento de divorcio y de una resolución de alimentos, ambas fundadas en Reglamentos europeos (CE) núm. 2201/ 2003 y núm. 4/2009—, no permiten la aplicación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, de carácter subsidiario a la legislación europea y a la convencional. Pero la vigencia de esta normativa no implica una ejecución inmediata. En este caso, el anexo II del R. (CE) núm. 4/2009, que acompaña la resolución judicial, se refiere al extracto de una resolución o transacción judicial en materia de obligación de alimentos sometido a un procedimiento de reconocimiento y declaración de exequátur; por lo tanto, será una resolución judicial española la que establezca el reconocimiento de la misma y en su caso la adaptación de las medidas adoptadas en origen. Con independencia de lo anterior, conforme a los artículos 10.1 y 12 del Código civil, todo requisito referente a la «*lex rei sitae*», y por tanto a los requisitos para el acceso a los libros registrales, su funcionamiento y eficacia, corresponderán al ordenamiento jurídico español. (Cfr. Sentencia de la Sala Primera Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012).

En cuanto al segundo defecto recurrido, no encontrándose inscrita la finca a nombre del demandado, sino de persona distinta que no consta notificada ni demandada en la resolución que pretende acceder al registro, —título que, por sí mismo, no constituye, reconoce, transmite, modifica ni extingue el dominio— como señala el registrador, conforme a los artículos 1. 3 y 20 de la Ley Hipotecaria, no permite, adicionalmente su inscripción.

También debe ser confirmado el tercer defecto, en cuanto, fundándose la pretensión en una sentencia de divorcio, no ha sido presentada con los requisitos formales necesarios, pues dicha sentencia no está inscrita en el Registro Civil correspondiente, siendo al menos la esposa española.

Además corresponde acreditar conforme artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria que se han realizado la presentación o notificación prevista en relación al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, por lo que corresponde asimismo confirmar el defecto observado.

Resolución de 9-10-2020
BOE 23-10-2020
Registro de la Propiedad de Adra

CONCURSO DE ACREEDORES: REANUDACIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SEPARADA SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Como cuestión procedimental previa, debe advertirse que no puede ser tenido en cuenta el referido plan de liquidación y el auto aprobatorio del mismo, por tratarse de documentos que se han presentado por primera vez con el escrito de interposición del recurso. El objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del registrador.

También como consideración preliminar, debe tenerse en cuenta que la cuestión de la competencia objetiva para la ejecución de las garantías reales cuando el deudor se encuentra en situación concursal es materia plenamente calificable por el registrador (*ex* artículo 100 RH) y de extrema importancia por su carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal, cuya infracción puede provocar la nulidad del acto.

Deben tenerse en cuenta una serie de reglas: La primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. La tercera regla se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. La cuarta regla se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de

garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. Y la quinta regla: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto.

En la actualidad, la tesis mayoritaria que se impone entiende que no es cierto que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda al conocimiento del juez del concurso, de conformidad con el principio general del artículo 8.3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». El artículo 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciación de ejecuciones singulares, o de su paralización en caso de que estuvieran iniciadas, lo dispuesto para las garantías reales en los artículos 56 y 57. La jurisprudencia mercantil ha perfilado el alcance de estos preceptos sosteniendo de manera mayoritaria que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes necesarios. Cuando la garantía real está constituida sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que quien debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extra concursales.

Resultando evidente la relevancia que tiene la calificación como necesarios de los bienes afectos a la garantía real, será el juez del concurso, en cualquier caso, el único competente para decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.5 de la Ley Concursal). Según esta interpretación podría permitirse continuar ante el juez ordinario una ejecución iniciada antes de la apertura de la fase de liquidación, siempre que en el plan de liquidación se declare la innecesariedad de los bienes objeto de ejecución para la actividad profesional o empresarial del concursado. Este criterio ha sido recientemente confirmado por el artículo 146 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020.

Resolución de 9-10-2020

BOE 23-10-2020

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES: PRE-VIA INSCRIPCIÓN DE LAS CAPITULACIONES EN EL REGISTRO CIVIL

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

No constando en el presente caso la mencionada acreditación por ninguno de los medios expresados, no puede procederse a practicar la inscripción solicitada. No constituye obstáculo a esta conclusión el hecho de 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.

Resolución de 14-10-2020

BOE 31-10-2020

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1.

DOBLE INMATRICULACIÓN: JUICIO SOBRE LA IDENTIDAD DE LAS FINCAS.

Como ya ha señalado esta Dirección General (Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. El registrador, en el ejercicio de su función calificadora, debe comprobar la existencia de la doble o múltiple inmatriculación a través de las investigaciones pertinentes practicadas en los libros del Registro, en la aplicación informática para el tratamiento registral de bases gráficas y en la cartografía catastral, máxime cuando junto con la instancia se indican cuáles son las fincas afectadas y la parcela catastral a que se corresponden. Por tanto, en el caso que nos ocupa, puede razonablemente concluirse que concurren suficientes circunstancias para estimar la existencia, siquiera indiciaria, de un supuesto de doble inmatriculación.

Ahora bien, no pueden acogerse las alegaciones del recurrente relativas a qué finca deba tener mejor derecho a la franja de terreno controvertida. Tal cuestión deberá dirimirse precisamente en el expediente de doble inmatriculación.

Resolución de 16-10-2020

BOE 31-10-2020

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 DEL REAL DECRETO 1093/1997.

Como ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. Resoluciones de 10 de septiembre de 2015, 12 de julio de 2016 y 6 de septiembre y 12 de diciembre de 2017), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico. De manera que la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad u otro tipo de título administrativo habilitante, para inscribir las operaciones a que se refieren los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico.

Puede concluirse que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; mas, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, o en general un derecho inscrito, amparado por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

En efecto, en el presente supuesto lo que es objeto de cesión es un derecho inscrito que comporta para sus titulares la facultad de establecer uno o varios puestos de observación naturalista dentro de una línea poligonal cerrada concreta correspondiente al respectivo módulo. Asimismo, como refleja la descripción registral «los módulos, términos que solo pretende identificar la ubicación de los

puestos de observación, no suponen segregación», es decir aparentemente no se pretende el fraccionamiento del terreno con objeto de su explotación económica exclusiva y excluyente de forma análoga a la división o segregación, sino delimitar y concretar las porciones de terreno en los que los respectivos titulares de los derechos pueden ubicar sus respectivos puestos de observación naturalista.

Por ello a juicio de esta Dirección General lo que procede en el presente supuesto es iniciar la vía del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 y, en su caso, la prevista en el artículo 80 del mismo, al no tratarse de un supuesto sujeto expresamente a licencia y tener por objeto un derecho inscrito, siendo aquel cauce procedimental el oportuno para que la Administración competente dicte la resolución que proceda, una vez analizados los presupuestos de hecho del terreno en cuestión.

Resolución de 16-10-2020

BOE 31-10-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ÁMBITO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17.12 LPH PARA VIVIENDAS TURÍSTICAS.

Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas. Pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional o el referido en la norma estatutaria debatida, «de corta duración o cualquier otra modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la Comunidad» en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística.

Resolución de 16-10-2020

BOE 31-10-2020

Registro de la Propiedad de Negreira.

DERECHO CIVIL DE GALICIA: PARTICIÓN CONJUNTA DE LOS CÓNYUGES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») que es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la parti-

ción. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. En el supuesto concreto de este expediente, como coinciden notario y registradora, estamos ante una partición hecha por el testador y no ante unas meras normas particionales.

Pero por otra parte, en el supuesto concreto de este expediente, tenemos una forma testamentaria y otra particional propias del derecho gallego —testamento mancomunado y realización de partija conjunta y unitaria entre cónyuges— que presentan una especialidad clara en el ámbito que se contempla. En el supuesto concreto, se hace la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que no hay obstáculo en lo que se refiere a este punto. Pero es que, además, el artículo 293 de la Ley de Derecho civil de Galicia, establece de forma práctica que «En la partición, el contador-partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente a sus herederos. Si el contador partidor lo fuera de ambos cónyuges y realizara la partición conjunta, podrá prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de ellos». Pues bien, en este supuesto, concurren la viuda y el contador-partidor; además, había sido designado en el cargo por ambos cónyuges, realiza la partición conjunta y, no obstante, no prescinde de la liquidación de gananciales. Además, en el caso de no haberla hecho tampoco habría constituido un obstáculo.

La Ley de Derecho civil de Galicia regula de forma detallada la partición o partija unitaria hecha entre los cónyuges en el artículo 276. Su naturaleza, participativa de la de los pactos sucesorios, pero distinta de la de estos —que tienen normas específicas para ellos en los artículos 209 y siguientes—, está atemperada en la regulación de la partija una vez otorgada por los cónyuges. En el supuesto concreto de este expediente y con los datos que resultan del mismo, la partija no ha sido revocada por ninguno de los cónyuges, ni en vida de ambos, ni tras el fallecimiento del esposo. Tampoco lo ha sido el testamento mancomunado que otorgaron el mismo día que la partija.

Recapitulando, los cónyuges, en vida, no han revocado la partija ni siquiera su testamento mancomunado; fallecido el esposo, tampoco se ha revocado la partija por la viuda —lo que podría hacer conforme el artículo 280, pero no consta que lo haya hecho—; por tanto, los efectos —que no la eficacia plena de la partija— son que la viuda debe cumplir íntegramente lo pactado en la partición conjunta y unitaria mediante atribuciones patrimoniales *inter vivos*; la disposición de bienes del premuerto o de los comunes incluidos en la partija requiere el concurso de la viuda y los herederos del causante; el contador-partidor designado por ambos cónyuges formula un cuaderno particional. La cuestión es si la intervención de ese contador partidor, en el supuesto especial de Derecho civil de Galicia suple la concurrencia de los herederos exigida para las disposiciones de bienes del testador. El contador ha de cumplir su cometido respetando los límites que le impone la voluntad testamentaria, en este caso, una partición conjunta y unitaria ya practicada por los propios cónyuges por la que ha de pasar, aunque de ser necesario, podrá aclarar o complementar llegado el momento de su efectividad; sin perjuicio de las amplias facultades reconocidas en relación con los bienes no incluidos en la misma, además de los impuestos por la ley.

Queda aclarar si el contador-partidor puede suplir la exigencia de la intervención de los herederos en las adjudicaciones *inter vivos* de los bienes comunes y privativos del premuerto incluidos en la partija. Pues bien, la cualidad especial de la norma en el Derecho civil de Galicia —no hay igual en el Derecho común salvo la semejanza con las disposiciones del cónyuge delegado con la facultad de mejorar del 831 del Código civil, y su aplicación específica al caso de la partija determinan que la intervención de los herederos es necesaria. No se ha de olvidar, además, que, en el supuesto concreto, el heredero compareciente no es el único interesado en la sucesión, y que el cumplimiento estricto de lo establecido en la ley constituye también garantía para los no intervinientes. En el caso de la partición conjunta y unitaria, la flexibilización legal gallega radica en permitir que el cónyuge viudo pueda cumplir íntegramente las adjudicaciones particionales mediante atribuciones patrimoniales *inter vivos* a los herederos, incluso en relación con bienes comunes, y por lo tanto anticipar su eficacia plena, sin tener que esperar al fallecimiento de ambos cónyuges que es cuando, por disposición legal, tal partición surte efecto pleno de forma ordinaria.

Resolución de 16-10-2020

BOE 31-10-2020

Registro de la Propiedad de Illescas, número 3.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando

conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 16-10-2020
BOE 31-10-2020
Registro de la Propiedad de Almagro.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco

se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación de la registradora en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 17-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7.

OPCIÓN DE COMPRA: PACTO COMISORIO. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ALCANCE DEL ARTÍCULO 1256 DEL CÓDIGO CIVIL. INSCRIPCIÓN PARCIAL: CASOS EN LOS QUE PROCEDE.

El pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la Resolución de 28 de enero de 2020), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista

clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria. Por ello, esa apreciación subjetiva que pone de manifiesto la calificación recurrida, resolviendo dejar sin valor ni efecto —y desvirtuando— lo que los propios intervinientes han aseverado ante notario (que solo por acuerdo de ambos o por una resolución judicial puede quedar invalidado) rebasa, claramente, tanto el alcance de la función calificadoras como el marco en el que se desenvuelve este recurso (y obviamente la calificación que la motiva), adentrándose en lo que sin duda alguna es materia propia de un procedimiento contradictorio, con práctica de pruebas y bajo la cobertura de la función jurisdiccional.

Bien es cierto que en sede del Código civil existe una cierta aversión hacia la indeterminación de lo que puedan considerarse como elementos objetivos del contrato, citándose en tal sentido el texto de artículos como el 1449, 1690, párrafo segundo, 1115 (condición meramente protestativa) y por supuesto el 1256. Pero no lo es menos que el derecho comparado y las más recientes codificaciones se orientan en un sentido que ha sido calificado como «superación del mito del tabú de la determinación del objeto y del precio» y del «tabú del arbitrio de parte»; de modo que, modernamente, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y singularmente del precio, así como la aversión a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, desvaneciéndose para algunos autores en términos prácticos. Por lo que se refiere a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, es evidente una visión correctora de la rigurosa literalidad del precepto.

Por las consideraciones anteriores, tampoco se puede estimar justificado el segundo defecto expresado en la calificación recurrida, y más a la vista de la regulación sustantiva que disciplinaría la compraventa por celebrar, pues si el vigente Código civil de Cataluña, en línea con las más recientes tendencias del derecho comparado, contiene una más que flexible previsión sobre la determinabilidad del precio (el número 1 del citado artículo 621-5 indica que «Si el contrato suscrito no determina el precio ni establece los medios para su determinación, se entiende que el precio es el generalmente cobrado en circunstancias comparables, en el momento de la conclusión del contrato y con relación a bienes de naturaleza similar»), en presente caso está ya determinado el precio, y solo se trataría de cuantificar una posible variable que afectaría a eventuales cantidades por deducir a la hora de satisfacerlo.

Debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51.6 RH), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes». Pero precisamente en el caso de este recurso, a la vista del global contenido de la estipulación contractual de la que forma parte el apartado cuestionado, y de la disciplina que sobre el contrato de compraventa contiene la legislación catalana, esa inscripción parcial no desnaturalizaría en modo alguno el negocio jurídico concertado; ni la compraventa que, en su caso, llegara a formalizarse.

Resolución de 19-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Pinto, número 1.

SEGREGACIONES POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SEGREGACIÓN QUE SE PRESENTA CUANDO LA FINCA FIGURA INSCRITA A NOMBRE DE OTRA PERSONA.

El Centro Directivo ha abordado el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiéndose que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código civil.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Las cautelas desde el punto de vista de la protección de legalidad urbanística y la información a terceros se basarán en la comunicación posterior a inscripción que hará el registrador tanto al ayuntamiento como a la comunidad autónoma. Y todo ello, lógicamente, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo que habrá de ser observado en cualquier caso, en especial, el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por ello, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar; conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Por ello, ante el presente supuesto en la que se pretende el acceso al Registro de una escritura de mil novecientos setenta y ocho, otorgada bajo la vigencia de la legislación vigente entonces —Texto refundido de 1976—, acompañada de certificado municipal en la que la propia Administración urbanística reconoce la preexistencia individualizada de la parcela a las vigentes normas urbanísticas, resulta de aplicación la doctrina expuesta sobre segregaciones de cierta antigüedad amparadas en un título administrativo habilitante, sin que proceda actualizar la descripción de la finca resto que, como el propio certificado destaca, no cumple con las alineaciones oficiales estipuladas en las NNSS y por ello se denegó la licencia.

Respecto al último de los defectos examinados, la falta de consentimiento de los actuales titulares registrales, igualmente se confirma. Respecto a la aplicación de los principios de tracto sucesivo y de prioridad en los casos de segregaciones retardadas, esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones (23 de septiembre de 2004 y 9 de febrero de 2007). En el presente supuesto tuvo acceso al registro el título hereditario de uno de los cónyuges titulares registrales figurando inscrita la finca a nombre de la viuda

y los herederos del causante. Si bien es conocido los efectos del contrato para las partes y sus herederos, también lo es que dichos efectos jurídicos resultan modalizados cuando entran en conflicto con la publicidad registral cuyos efectos *erga omnes* también están reconocidos legalmente —art. 32 de la Ley Hipotecaria—. Por esta razón, y como consecuencia de la legitimación registral, la rectificación del Registro debida a un error o defecto del título inscrito precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial en proceso en el que aparezcan como demandados todos los titulares registrales. En el presente caso, si hubo error en la formación del inventario de la herencia y, por tanto en el propio título hereditario inscrito, deberán los herederos titulares registrales junto con la viuda prestar su consentimiento, aún de carácter meramente reconocitivo.

Resolución de 19-10-2020
BOE 4-11-2020
Registro de la Propiedad de Lalín.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO DEL DEMANDADO.

Lo primero que debe afirmarse es que en el recurso contra la calificación de registradores no cabe tener en consideración más que los documentos que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en motivos o documentos no presentados en tiempo y forma (art. 326 LH).

Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, RH). En definitiva, deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.

En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

En el decreto objeto de calificación en este expediente se ordena que se practique la anotación preventiva de embargo sobre bienes inscritos a nombre de personas distintas del demandado. Procede, por tanto, confirmar la calificación impugnada, sin que puedan aceptarse las alegaciones de la recurrente respecto a la imposibilidad de obtener dichos documentos, puesto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre podrá acudir al auxilio del órgano judicial para su obtención.

Resolución de 19-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 27.

DOBLE VENTA: ACTUACIÓN REGISTRAL.

En relación con la cuestión relativa a la problemática que suscita el supuesto de doble venta y venta de cosa ajena, desde un punto de vista sustantivo, la Sentencia de 27 de junio de 2012, reiterada recientemente en Sentencia 304/2019, de 28 de mayo (Cfr. igualmente STS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007) ha sostenido la interpretación del artículo 1473 del Código civil, poniéndolo en conexión con el 34 de la LH, defendiendo que para su aplicación no es preciso exigir una proximidad de fechas entre las distintas ventas.

En el ámbito estrictamente registral, el registrador en estos supuestos debe atenerse al estricto criterio de la prioridad registral, sin perjuicio de que pueda cuestionarse judicialmente si concurren en el adquirente los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 19-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Gérgal.

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: ACREDITACIÓN DE LA FIRMEZA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

La firmeza no se deduce ni se argumenta, ha de quedar acreditada, y esa acreditación solo puede hacerla el órgano que dicta la resolución. 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 acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «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.

Pasando ya al segundo de los defectos objeto del recurso que nos ocupa hay que decir que en los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos» de la Dirección General de los Registros y del Notariado). En el supuesto de este expediente, del testimonio de la sentencia presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y consta la notificación edictal, pero no que se haya llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de los titulares registrales de la finca afectada. Por lo tanto, no cabe sino confirmar el defecto observado.

Resolución de 19-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN CASO DE HIPOTECANTE NO DEUDOR. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: REQUERIMIENTO AL HIPOTECANTE NO DEUDOR.

Respecto del primer defecto, se trata en este expediente de dilucidar si es posible la inscripción la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio administrativo, dándose la circunstancia de que el deudor tributario se encuentra en situación concursal y el hipotecante no deudor y titular de la finca sobre la que recayó la ejecución está así mismo en situación concursal. En cuanto al concurso del deudor no hipotecante, el crédito del acreedor, tendrá la consideración de crédito ordinario, pues el artículo 90.1. 1.º Ley Concursal presupone la identidad entre el deudor concursado y el titular del bien sobre el que recae la garantía, para reconocer el privilegio. En este caso, la deuda que la AEAT ostenta contra él, deberá reflejarse en el pasivo de su concurso con tal calificación, sin embargo, la finca que sirve de garantía a dicho crédito, al ser propiedad de un tercero, está excluida de su activo y de la competencia exclusiva y excluyente del juez concursal (art. 8 LC) y paralelamente, tampoco tendría competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el juzgado que corresponda según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal del deudor. Por el contrario, en el concurso del hipotecante no deudor, el crédito del acreedor no podrá ser objeto de calificación alguna, toda vez que no existe como tal un crédito frente al concursado garante.

Sentado lo anterior, la cuestión se centra en decidir si a la ejecución que se lleva a cabo sobre el bien dado en garantía por el concursado para garantizar deuda ajena, le son de aplicación las normas concursales o, por el contrario, el acreedor puede continuar su ejecución con independencia de las mismas. La cuestión no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC), por lo que, a efectos de ejecución, debería someterse a la regla general prevista en el artículo 56 y 57 LC y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor. De esta norma general no se exceptiona al hipotecante no deudor, solo al tercer poseedor (art. 56.4 LC). Por lo tanto, en el caso de concurso del hipotecante no deudor, el acreedor que puede desde el inicio ejecutarla, si el bien no es necesario para la actividad (art. 56 LC). Tendrá que solicitar ante el Juzgado Mercantil del concurso (art. 56.5 LC) se pronuncie si el bien es necesario o no para la actividad. Si el bien es necesario no podrá iniciar la ejecución hasta que se dicte sentencia aprobando convenio o, si transcurrido un año, no se hubiera abierto la fase de liquidación.

A este respecto resulta de interés analizar lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, que, si bien entró en vigor el 1 de septiembre, y por tanto con posterioridad a la interposición del recurso, en sus artículos 145 y 146 equivalentes a los actuales artículos 56 y 57 del vigente ha venido a recoger el criterio de no equiparación entre hipotecante no deudor concursado y tercer poseedor concursado.

Conforme al artículo 74, ejecución de garantías, del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, una vez iniciado el procedimiento de apremio, si la deuda estuviese garantizada y resultase impagada en el plazo al que se refiere el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se procederá a ejecutar la garantía. Y según sus apartados 3 y 4, si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar. Pero si la garantía está constituida por o sobre bienes o derechos de persona o entidad distinta del obligado al pago, como sucede en este caso, se comunicará a dicha persona o entidad el impago del importe garantizado, requiriéndole para que, en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ponga dichos bienes o derechos a disposición del órgano de recaudación competente, salvo que pague la cuantía debida. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el pago o la entrega de los bienes o derechos, se procederá a enajenarlos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior. Por lo tanto, entre los requisitos para la ejecución está el previo requerimiento al hipotecante no deudor.

Resolución de 19-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN CASO DE HIPOTECANTE NO DEUDOR. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: REQUERIMIENTO AL HIPOTECANTE NO DEUDOR.

Respecto del primer defecto, se trata en este expediente de dilucidar si es posible la inscripción la adjudicación derivada de un procedimiento de apremio administrativo, dándose la circunstancia de que el deudor tributario se encuentra en situación concursal y el hipotecante no deudor y titular de la finca sobre la que recayó la ejecución está así mismo en situación concursal. En cuanto al concurso del deudor no hipotecante, el crédito del acreedor, tendrá la consideración de crédito ordinario, pues el artículo 90.1. 1.º Ley Concursal presupone la identidad entre el deudor concursado y el titular del bien sobre el que recae la garantía, para reconocer el privilegio. En este caso, la deuda que la AEAT ostenta contra él, deberá reflejarse en el pasivo de su concurso con tal calificación, sin embargo, la finca que sirve de garantía a dicho crédito, al ser propiedad de un tercero, está excluida de su activo y de la competencia exclusiva y excluyente del juez concursal (art. 8 de la Ley Concursal) y paralelamente, tampoco tendrá competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el juzgado que corresponda según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal del deudor. Por el contrario, en el concurso del hipotecante no deudor, el crédito del acreedor no podrá ser objeto de calificación alguna, toda vez que no existe como tal un crédito frente al concursado garante.

Sentado lo anterior, la cuestión se centra en decidir si a la ejecución que se lleva a cabo sobre el bien dado en garantía por el concursado para garantizar

deuda ajena, le son de aplicación las normas concursales o, por el contrario, el acreedor puede continuar su ejecución con independencia de las mismas. La cuestión no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC), por lo que, a efectos de ejecución, debería someterse a la regla general prevista en el artículo 56 y 57 LC y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor. De esta norma general no se exceptiona al hipotecante no deudor, solo al tercer poseedor (art. 56.4 LC). Por lo tanto, en el caso de concurso del hipotecante no deudor, el acreedor que puede desde el inicio ejecutarla, si el bien no es necesario para la actividad (art. 56 LC). Tendrá que solicitar ante el Juzgado Mercantil del concurso (art. 56.5 LC) se pronuncie si el bien es necesario o no para la actividad. Si el bien es necesario no podrá iniciar la ejecución hasta que se dicte sentencia aprobando convenio o, si transcurrido un año, no se hubiera abierto la fase de liquidación.

A este respecto resulta de interés analizar lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, que, si bien entró en vigor el 1 de septiembre, y por tanto con posterioridad a la interposición del recurso, en sus artículos 145 y 146 equivalentes a los actuales art 56 y 57 del vigente ha venido a recoger el criterio de no equiparación entre hipotecante no deudor concursado y tercer poseedor concursado.

Conforme al artículo 74, ejecución de garantías, del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, una vez iniciado el procedimiento de apremio, si la deuda estuviere garantizada y resultase impagada en el plazo al que se refiere el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se procederá a ejecutar la garantía. Y según sus apartados 3 y 4, si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar. Pero si la garantía está constituida por o sobre bienes o derechos de persona o entidad distinta del obligado al pago, como sucede en este caso, se comunicará a dicha persona o entidad el impago del importe garantizado, requiriéndole para que, en el plazo establecido en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ponga dichos bienes o derechos a disposición del órgano de recaudación competente, salvo que pague la cuantía debida. Transcurrido dicho plazo sin que se haya producido el pago o la entrega de los bienes o derechos, se procederá a enajenarlos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior. Por lo tanto, entre los requisitos para la ejecución está el previo requerimiento al hipotecante no deudor.

Resolución de 20-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Es reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y

puede sintetizarse del siguiente modo: El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, existiendo un previo litigio en los tribunales. Además, debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 20-10-2020

BOE 4-11-2020

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REGLAS DE PROCEDIMIENTO.

La legitimación para instar el procedimiento para la subsanación de la doble inmatriculación está específicamente regulada en la regla segunda del artículo 209 de la Ley Hipotecaria. Siguiendo la doctrina de esta Dirección General para la regulación anterior a la Ley 13/2015 (cfr. Resoluciones de 26 de febrero de 2013 y 2 de diciembre de 2014), la expresión legal de esta regla, así como la de la regla sexta, puede entenderse comprensiva no solo de los titulares derechos inscritos, sino también anotados, entendiéndose la inscripción en sentido amplio y por tanto no solo comprensiva de las inscripciones propiamente dichas, sino también de las anotaciones preventivas. En el presente caso el recurrente no es titular de ningún derecho inscrito ni anotado sobre dichas fincas. Por otra parte, considerando la existencia de una norma especial reguladora de la legitimación para este concreto procedimiento de doble inmatriculación, no resulta pertinente acudir a una aplicación extensiva de la acción pública a la que se refiere el artículo 62 de la Ley de Suelo.

Como ya ha señalado esta Dirección General (Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su dere-

cho al inmueble. A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso concreto de este expediente, está fundada la calificación del registrador.

Resolución de 22-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DE LA DGSJFP Y LA DGDEJ DE CATALUÑA. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

La doctrina de este Centro Directivo ha sido y es meridianamente clara al establecer, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

Debe recordarse que el recurso no es el medio adecuado para enjuiciar asientos ya practicados, al encontrarse amparados por el principio de salvaguardia judicial consagrado en el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria. Así es doctrina reiterada (*vid.*, por todas, Resoluciones de 13 de septiembre de 2018 y 14 de marzo de 2019) que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Resolución de 22-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de Vilanova i La Geltrú, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO DE ADQUISICIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase por todas la resolución de 21 de enero de 2020) que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporada al título inmatriculador.

Como ha señalado este Centro Directivo, en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Y aunque esta Dirección General ha afirmado que no es suficiente para denegar la mera expresión de que existe coincidencia con la referencia catastral de un inmueble inscrito, pues la constancia de la referencia catastral de una finca es un dato descriptivo de la misma, que no supone por sí sola la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio registral (cfr. Resoluciones de 24 de abril de 2019 y 11 de octubre de 2019) en este caso las dudas de la registradora proceden no solo de estar la misma referencia catastral reflejada en el folio de otra finca registral, sino de ser la misma persona la donante en la escritura de la finca ya inmatriculada y la causante en la herencia ahora presentada a inscripción, así como de la coincidencia de la situación de la finca en la misma calle.

Resolución de 23-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 7.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR CON ENTREGA DE LEGADOS HABIENDO LEGITIMARIOS MENORES DE EDAD.

No es posible la entrega sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a la heredera forzosa cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta. Y evidentemente no equivale a esta exigida liquidación general previa, la inconcreta afirmación realizada en la escritura por el comisario contador partididor y los otros dos hermanos de que la heredera legitimaria «ya recibió en vida del testador o causante su parte hereditaria».

Sentado esto, se trata de determinar si, formado el inventario antes de las renunciaciones de los mayores de edad, puede entenderse cumplido el requisito exigido por la doctrina mencionada, habida cuenta de que, tras esas renunciaciones, resulta llamado como heredero sustituto y como legitimario un menor de edad. Alega la recurrente que la renuncia de los herederos ha sido posterior a la formación del inventario, por lo que se ha cumplido el requisito previo del mismo a los efectos de la entrega del legado. Pero no es aceptable la sola idea de que la formalización del inventario antes de las renunciaciones suponga el cumplimiento del requisito, ya que no está determinado quienes son los legitimarios y, en este supuesto, si los hay menores. De otra forma, esto supondría un fraude de sus derechos.

Resolución de 23-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de Herrera del Duque-Puebla de Alcocer.

HERENCIA: TESTAMENTO EN EL QUE SE INSTITUYE A UN HIJO ADOPTADO CUYA EXISTENCIA NIEGA EL OTRO HEREDERO INTERVINIENTE EN LA PARTICIÓN.

No se discuten en el recurso los derechos del hijo adoptivo como legitimario ni se cuestionan los mismos dependiendo de su condición de adoptivo pleno o

menos pleno. Tampoco se discute por el recurrente la necesidad de intervención, en su caso, del hijo adoptivo como legitimario en la partición. Solo se alega la inexistencia de hijo adoptivo dado que no aparece como tal en el Libro de Familia de la causante ni en la certificación negativa del Registro Civil, y, por tanto, la no necesidad de intervención del mismo en la partición.

Ha afirmado este Centro Directivo, en Resolución de 30 de abril de 2014, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales de Justicia. En este caso, no hay designación de albaceas y además del heredero hay otro llamado del cual se dan datos de identidad —fue acogido por la testadora durante la posguerra—, y, el recurrente alega que tiene otro nombre, lo que indica que es conocido. Así pues, la pretensión del único heredero incide en la posición jurídica de terceras personas, puesto que existe un llamado como legitimario o en su caso los descendientes del mismo.

Como ha reiterado esta Dirección General, la privación del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso, provoque su pérdida de eficacia ya sea total o parcial.

Resolución de 23-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INOPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS NO INSCRITOS FRENTE A TERCEROS ADQUIRENTES QUE HAN INSCRITO SU DERECHO CON ANTERIORIDAD.

Como ha señalado este Centro Directivo en numerosas Resoluciones (entre las más recientes, las de 25 de octubre de 2019 y 1 de junio de 2020), el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 CC). Por ello se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad) solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

Debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes (categoría en la que la calificación recurrida

subsume el acuerdo ahora debatido), el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Ciertamente, la configuración de un elemento común de la propiedad horizontal como anejo de una de las viviendas o elementos privativos de aquella implica una modificación del título constitutivo (cfr. art. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal) que requiere el acuerdo unánime de todos los propietarios, en la medida en que, al no haber sido aquella porción de finca de 836 metros cuadrados inicialmente incluida entre los elementos privativos tiene el carácter de elemento común de los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal siendo así que su configuración expresa como anejo privativo comporta un derecho de propiedad separado, pleno, exclusivo y excluyente sobre dicha porción de terreno quedando sustraída de la presunción de comunidad que la Ley viene indirectamente a atribuir a todos aquellos elementos cuya privatividad no conste con claridad. Conforme a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., entre otras, las Resoluciones de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 11 de mayo, 27 de junio y 18 de julio de 2018 y 29 de mayo y 19 de diciembre de 2019 y 1 de junio de 2020), si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación del título constitutivo, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 LH).

Por ello, el consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente.

Resolución de 23-10-2020

BOE 6-11-2020

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

La correcta citación a titulares registrales es objeto de calificación por el registrador, pues resulta una exigencia que no solo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución española, sino específicamente, para titular registral, catastral y, en su caso, poseedor de hecho, de los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria. En todo caso, el trámite más importante del expediente para la reanudación del tracto viene constituido por el llamamiento al procedimiento del titular registral anterior (o sus causahabientes), quien en el presente caso no consta ni siquiera que haya sido citado nominalmente, ni en forma personal, ni en forma edictal.

Del relato de la cadena de titulares que consta en el fundamento segundo del auto, se revela una incongruencia entre esta afirmación y las titularidades que figuran vigentes en el Registro, tal y como expone el registrador en su calificación. En efecto, la persona de la que adquiere por herencia la promovente (según afirman las resoluciones judiciales enumeradas) no coincide con los titulares registrales vigentes. Por ello, del tenor de las resoluciones judiciales aportadas no puede deducirse que todos los titulares registrales hayan sido citados en forma alguna. Y sin que esta omisión pueda suplirse con notificaciones notariales efectuadas con posterioridad al procedimiento, las cuales carecen de amparo legal alguno y ningún efecto pueden surtir en un procedimiento judicial ya finalizado por resolución firme.

El segundo defecto es relativo a que el mandato de cancelación de la inscripción contradictoria solo se refiere a determinados titulares registrales. El artículo 286 del Reglamento Hipotecario dispone «El auto aprobatorio del expediente de dominio, cuando se trate de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley (...)». Lo que sucede en el caso que nos ocupa no es que se haya omitido tal exigencia reglamentaria, sino que la misma solo alude a los titulares registrales de cierta participación indivisa de la finca, omitiendo mencionar a los demás, pero refiriéndose al propio tiempo al dominio de la totalidad de la finca. Ello plantea dudas sobre la operación a practicar, o incluso si el procedimiento comprende tales participaciones omitidas, lo cual enlaza con el primer defecto ya analizado.

Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (cfr. «Vistos») cuál haya ser el régimen aplicable a supuestos como el de la segregación aquí planteado y otros análogos (división, agrupación o agregación) cuando el asiento de presentación se practique tras la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2015, de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015. Los documentos públicos que, conteniendo actos de agrupación, agregación, división o segregación, se hubieran otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, no pueden acogerse, pues no están contempladas en ella, a la excepción prevista en la disposición transitoria única de la Ley 13/2015.

Resolución de 29-10-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR FAX AL NOTARIO, FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DESFAVORABLE Y CONCRECIÓN DEL RECURSO GUBERNATIVO. DONACIÓN: LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA* NO SON INSCRIBIBLES.

Cabe recordar la doctrina de esta Dirección General (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2012, 31 de agosto de 2017) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011, según las cuales es válida la notificación realizada por telefax de la calificación por el registrador al notario.

Es cierto que, según la doctrina de este Centro Directivo, 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, aun cuando en la nota de calificación aparecen expresadas escuetamente las razones que, a juicio de la registradora, justificarían la negativa a la inscripción, la cuestión planteada en aquella ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de derecho —párrafo segundo, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación». Bien es cierto que este Centro Directivo entendió, en su Resolución de 27 de marzo de 2008 que esa exigencia formal, no puede conducir sin más a entender que, aquella parte de la nota cuya impugnación no ha sido fundamentada, debe entenderse no recurrida, siempre que conste de manera inequívoca la voluntad del recurrente de alzarse contra la totalidad del contenido de la nota y solicite la revocación de la misma. Ahora bien, en el caso concreto del presente recurso no es que el recurrente impugne la razón que motivaría el segundo defecto, sino que ni siquiera se refiere al mismo aun remotamente. Por tal razón, esta Resolución se centrará únicamente en el primer defecto de la nota, pues es el único que se combate jurídicamente.

Para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de «*conditio iuris*» de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento. a donación «*mortis causa*» se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la donación «*inter vivos*», «*post mortem*», es inscribible en el Registro.

Indudablemente, la reserva del usufructo a favor de los donantes con prohibición de disponer impuesta al donatario, individualmente considerada, es admisible, por lo que debe analizarse en relación con el alcance que, en el negocio jurídico formalizado, tiene la reversión «a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar». Y respecto de este pacto especial, convenido «ex» artículo 641 del Código civil, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de enero de 2011, ha afirmado lo siguiente: «La donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 del Código civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado (...)». La Resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 1998 acotó en cierto sentido su alcance y extensión, pronunciándose contra la reversión por simple voluntad del donante.

Y es que, otorgada una donación propiamente «*inter vivos*», el donante solo puede variar la trayectoria de la titularidad del dominio donado para que, en lugar de ir al donatario favorecido con la donación en primer lugar, vaya a otra persona distinta, pero en ningún caso para que vuelva al propio donante: «(...) fuera de los casos especialmente previstos por la Ley (cfr. arts. 644, 647 y 648 CC) y de los expresamente pactados, el donante no tiene facultades para recuperar el dominio de los bienes donados: La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 del Código civil.

A la vista del alcance de la reversión configurada en la escritura calificada, que viene a suponer la reserva de la facultad de revocación «*ad nutum*» por parte de donante, debe concluirse que se trata de una donación «*mortis causa*» cuando se haya pactado — o resulte así de una racional interpretación— su revocabilidad «*ad nutum*» a favor del donante y no a favor de terceros; siendo un dato que puede llevar a esta conclusión el pacto (añadido en este caso) en cuya virtud se haya prohibido al donatario disponer en vida del donante de la finca donada. En suma, existe una verdadera donación «*mortis causa*» cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado «mientras viva». A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que en el caso del presente recurso se haya producido una indiscutible e incuestionable transmisión de la propiedad de lo donado. Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título.

En suma, y para el Derecho común (pues los Derechos navarro y catalán tienen una clara especificidad sobre el particular), las donaciones «*mortis causa*» en sentido estricto (no las donaciones «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*») se rigen en todo por las reglas de los legados y han de otorgarse en forma testamentaria —no de donación—, siendo esencialmente revocables, que, a la vista de lo expuesto, es lo realmente plasmado en el título cuya calificación motiva este recurso, no teniendo por tanto acceso al Registro de la Propiedad.

Hechas las anteriores precisiones expresadas ya en la citada Resolución de 27 de marzo de 2019, sin duda un elemento esencial de la cuestión nuclear que se suscita pasa por responder a una pregunta que el propio recurrente se formula en su escrito: ¿Cabe configurar o no una donación *inter vivos* como libremente revocable por el donante? La respuesta, en el derecho vigente, ha de ser necesariamente negativa. Y es que la reversión en favor del donador del artículo 641 del Código civil exige para su operatividad que se haya previsto una condición o un plazo, mientras que en el caso que motiva este recurso la recuperación del dominio se ha dejado exclusivamente al arbitrio de los donantes, pues libérrimamente, y sin necesidad de justificación alguna.

Por último, esta Dirección General no puede dejar de hacerse eco de las tendencias doctrinales en pro de una adaptación del derecho sucesorio común (en línea, en algunos de sus extremos, con las recientes legislaciones forales o especiales) que superara antiguos dogmas y regulara formas de ordenar la sucesión hoy no permitidas por aquel; siendo también indudable que una donación —o la intención de donar— en la forma que en la escritura calificada se ha pretendido, es contemplada como una pieza más del fenómeno sucesorio —global y conjunto— de determinada persona. Pero estos planteamientos lo son «*de lege ferenda*», pues «*de lege lata*» necesariamente se impone confirmar la calificación recurrida.

Resolución de 29-10-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA AL NOTARIO. BIENES ADQUIRIDOS POR CÓNYUGES EXTRANJEROS: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Como cuestión previa, de índole procedimental, deben analizarse las afirmaciones que vierte el registrador en su preceptivo informe según las cuales el recurso —interpuesto el 4 de agosto de 2020— «parecería haberse presentado fuera de plazo» porque, aun cuando el notario afirme en su escrito de impugnación que fue el día 6 de julio de 2020 cuando recibió, mediante comunicación telemática, la notificación de dicha calificación, manifiesta el registrador que «consultados los sistemas informáticos del Registro, la nota de calificación fue firmada y enviada telemáticamente el día 1 de julio de 2020, constando como recibida por el destinatario ese mismo día». Según el artículo 43, apartado 2, de la Ley 39/2015, las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido; y cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio —como acontece en el presente caso— se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido. A la vista de estos preceptos legales, y dado que en el expediente no se ha acreditado que el notario haya accedido al contenido de la notificación de la calificación antes del día 6 de julio, debe entenderse que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

Si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. Pretende el recurrente que, al tener los compradores su domicilio en Lloret de Mar (Gerona) y manifestar que están casados en régimen de separación de bienes, debe entenderse que este es el legal supletorio en Cataluña. Pero esta pretensión no puede admitirse, ni siquiera en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles.

Así, frente a la regla general de nuestro sistema registral, que exige que esté claramente determinada la extensión de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 51.6.^a RH), y aunque, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para la adquisición de un bien por extranjero casado debería acreditarse el régimen económico en ese momento, a fin de inscribir dicho bien según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el artículo 51.9.^a, a), del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 Reglamento Hipotecario). Por otra parte, como ha expresado esta Dirección General en reiteradas ocasiones (*vid.* Resoluciones de 19 de diciembre de 2003, 10

de enero y 4 y 12 de febrero de 2004, 31 de agosto de 2017 y 2 de abril de 2018, entre otras) la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera.

A la vista de las consideraciones precedentes y de la doctrina de este Centro Directivo reseñada en los anteriores fundamentos, la calificación objeto del recurso interpuesto debe ser mantenida, pues en la escritura calificada no consta, según las normas legales y reglamentarias antes citadas, la determinación de cuál sea la ley — española o extranjera— aplicable al régimen económico matrimonial (separación de bienes) de los compradores.

Resolución de 29-10-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Murcia, número 8.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1320 DEL CÓDIGO CIVIL Y 91 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 70 CC). Una vez fijada y establecida, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos.

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así. Como ya afirmó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2007, la conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1320 del Código civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

La falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. Por ello, para evaluar si se da cumplimiento a esta norma legal de régimen primario y a la del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, debe analizarse cada caso concreto.

Para resolver la cuestión planteada en el presente caso debe tenerse en cuenta que, como sostiene el recurrente, las normas antes citadas (arts. 1320 CC y

91 RH) no son aplicables respecto de actos dispositivos realizados por persona divorciada. Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código civil. Dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros.

A mayor abundamiento, en casos en que el acto dispositivo tiene por objeto únicamente una participación indivisa de la vivienda debe tenerse en cuenta que el derecho individual de un comunero casado sobre el uso o goce de la cosa común no derivará naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario, o, en caso de disponente divorciado, de la sentencia de divorcio con base en el artículo 96 del Código civil, circunstancias que no constan en el presente caso (cfr. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987, 27 de junio de 1994 y 11 de enero de 2018, citadas por el recurrente).

Resolución de 29-10-2020

BOE 27-11-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DESFAVORABLE Y CONCRECIÓN DEL RECURSO GUBERNATIVO. DONACIÓN: LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA* NO SON INSCRIBIBLES.

Es cierto que, según la doctrina de este Centro Directivo, 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, aun cuando en la nota de calificación aparecen expresadas escuetamente las razones que, a juicio de la registradora, justificarían la negativa a la inscripción, la cuestión planteada en aquella ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de derecho —párrafo segundo, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación». Bien es cierto que este Centro Directivo entendió, en su Resolución de 27 de marzo de 2008 que esa exigencia formal, no puede conducir sin más a entender que, aquella parte de la nota cuya impugnación no ha sido fundamentada, debe entenderse no recurrida, siempre que conste de manera inequívoca la voluntad del recurrente de alzarse contra la totalidad del contenido de la nota y solicite la revocación de la misma. Ahora bien, en el caso concreto del presente recurso no es que el recurrente impugne la razón que motivaría el segundo defecto, sino que ni siquiera se refiere al mismo aun remotamente. Por tal razón, esta Resolución se centrará únicamente en el primer defecto de la nota, pues es el único que se combate jurídicamente.

Para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencias de 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de «*conditio iuris*» de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento. La donación «*mortis causa*» se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la donación «*inter vivos*», «*post mortem*», es inscribible en el Registro.

Indudablemente, la reserva del usufructo a favor de los donantes con prohibición de disponer impuesta al donatario, individualmente considerada, es admisible, por lo que debe analizarse en relación con el alcance que, en el negocio jurídico formalizado, tiene la reversión «a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar». Y respecto de este pacto especial, convenido «ex» artículo 641 del Código civil, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de enero de 2011, ha afirmado lo siguiente: «La donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 del Código civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado (...)». La Resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 1998 acotó en cierto sentido su alcance y extensión, pronunciándose contra la reversión por simple voluntad del donante.

Y es que, otorgada una donación propiamente «*inter vivos*», el donante solo puede variar la trayectoria de la titularidad del dominio donado para que, en lugar de ir al donatario favorecido con la donación en primer lugar, vaya a otra persona distinta, pero en ningún caso para que vuelva al propio donante: «(...) fuera de los casos especialmente previstos por la Ley (cfr. arts. 644, 647 y 648 CC) y de los expresamente pactados, el donante no tiene facultades para recuperar el dominio de los bienes donados: La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 del Código civil.

A la vista del alcance de la reversión configurada en la escritura calificada, que viene a suponer la reserva de la facultad de revocación «*ad nutum*» por parte de donante, debe concluirse que se trata de una donación «*mortis causa*» cuando se haya pactado —o resulte así de una racional interpretación— su revocabilidad «*ad nutum*» a favor del donante y no a favor de terceros; siendo un dato que puede llevar a esta conclusión el pacto (añadido en este caso) en cuya virtud se haya prohibido al donatario disponer en vida del donante de la finca donada. En suma, existe una verdadera donación «*mortis causa*» cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado «mientras viva». A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que en el caso del presente recurso se haya producido una indiscutible e incuestionable transmisión de la propiedad de lo donado. Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título.

En suma, y para el Derecho común (pues los Derechos navarro y catalán tienen una clara especificidad sobre el particular), las donaciones «*mortis causa*» en sentido estricto (no las donaciones «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*») se rigen en todo por las reglas de los legados y han de otorgarse en forma testamentaria —no de donación—, siendo esencialmente revocables, que, a la vista de lo expuesto, es lo realmente plasmado en el título cuya calificación motiva este recurso, no teniendo por tanto acceso al Registro de la Propiedad.

Hechas las anteriores precisiones expresadas ya en la citada Resolución de 27 de marzo de 2019, sin duda un elemento esencial de la cuestión nuclear que se suscita pasa por responder a una pregunta que el propio recurrente se formula en su escrito: ¿Cabe configurar o no una donación *inter vivos* como libremente revocable por el donante? La respuesta, en el derecho vigente, ha de ser necesariamente negativa. Y es que la reversión en favor del donador del artículo 641 del Código civil exige para su operatividad que se haya previsto una condición o un plazo, mientras que en el caso que motiva este recurso la recuperación del dominio se ha dejado exclusivamente al arbitrio de los donantes, pues libérrimamente, y sin necesidad de justificación alguna.

Por último, esta Dirección General no puede dejar de hacerse eco de las tendencias doctrinales en pro de una adaptación del derecho sucesorio común (en línea, en algunos de sus extremos, con las recientes legislaciones forales o especiales) que superara antiguos dogmas y regulara formas de ordenar la sucesión hoy no permitidas por aquel; siendo también indudable que una donación —o la intención de donar— en la forma que en la escritura calificada se ha pretendido, es contemplada como una pieza más del fenómeno sucesorio —global y conjunto— de determinada persona. Pero estos planteamientos lo son «*de lege ferenda*», pues «*de lege lata*» necesariamente se impone confirmar la calificación recurrida.

Resolución de 30-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Jaén, número 2.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Las situaciones de doble inmatriculación constituyen, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. El régimen jurídico del tratamiento de la doble inmatriculación entre dos fincas o más fincas o partes de ellas cambia sustancialmente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, pues ahora es objeto de una novedosa regulación, y además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015. En efecto, el nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria, señala que el expediente para la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación se iniciará o bien de oficio por el registrador, o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes. En el caso objeto de este expediente, considerando que la Sentencia calificada se dictó el 6 de marzo de 2015, es evidente que no resulta de aplicación el nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

La resolución definitiva deberá canalizarse, a falta de acuerdo de todos los titulares interesados, a través del procedimiento declarativo correspondiente, siendo este precisamente el cauce que se ha seguido en el caso objeto del presente expediente, en el que lo que se cuestiona en la calificación recurrida no es la idoneidad del dicho procedimiento, sino si alguno de los titulares de derechos afectados por la sentencia ha sufrido una situación de indefensión en términos tales que constituya obstáculo para la práctica de las inscripciones o cancelaciones pretendidas. No cabe duda sobre la competencia del registrador para calificar este extremo.

En el caso objeto de análisis no cabe sino confirmar la calificación impugnada. En efecto, la demanda se ha interpuesto solo contra los titulares registrales del dominio de la finca 13.627, pero no contra los titulares de dos hipotecas que aparecen igualmente inscritas. Las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo y la obligación que incumbe al registrador de evitar la indefensión de los titulares de derechos reales inscritos, así como el principio de que los efectos del procedimiento y la cosa juzgada afectan solo a las partes del proceso y a sus herederos y causahabientes (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), impiden la cancelación del historial registral de la citada finca, puesto que existen sendos derechos de hipoteca inscritos cuyos titulares no han sido llamados oportunamente al procedimiento. Tampoco puede asumirse la pretensión del recurrente para que se inscriba el dominio de la finca 13.627 a su favor, pero manteniendo la vigencia de las mencionadas hipotecas.

Resolución de 30-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Montblanc.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO.

Como se señala en las Resoluciones de la DGRN de 6 de agosto de 2019 o de 29 de noviembre de 2019, «...tras la entrada en vigor de la nueva ley [Ley 13/2015], el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados 4.º a 7.º del nuevo artículo 209 de la LH».

Lo que ocurre es que tramitado dicho procedimiento, ha quedado acreditado que no ha comparecido el titular, ni los posibles causahabientes de la finca 792, debidamente notificados en la forma que prevé la legislación vigente, por lo que, conforme al precepto transcrito, no cabe sino confirmar la nota de calificación final de la registradora y desestimar el presente recurso.

Resolución de 30-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Puente del Arzobispo.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

En primer término, y en relación con los argumentos del recurrente por los que estima que el camino (...) debe reputarse privado, tales alegaciones no

fueron manifestadas al tiempo de realizar la calificación registral impugnada por lo que, según ha manifestado reiteradamente esta Dirección General, no pueden tenerse en cuenta para su resolución por no haber sido puestas de manifiesto al registrador en el momento oportuno, debiendo resolverse solo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Como ya se indicó en la Resolución de 14 de noviembre de 2016, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Notificado el Ayuntamiento de Calera y Chozas, en el curso del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, este en su informe señala, de forma indubitada, que «el camino (...) es un bien demanial», sin que de la documentación aportada por el recurrente en su instancia solicitando la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la misma resulte circunstancia alguna que permita desvirtuar tal afirmación, ni es óbice tampoco a ello el hecho de que el meritado camino no se encuentre inscrito a favor de la Administración municipal. Como resulta de la Resolución de este Centro Directivo de 23 de enero de 2019, la ausencia de deslinde no es óbice para que puedan existir dudas de que la finca que figura en la representación gráfica pueda invadir el dominio público si del conjunto de circunstancias concurrentes cabe colegir una duda fundada de posible invasión corroborada por informe técnico de la Administración.

Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe municipal, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad municipal o incluso judicial para instar la rectificación de la resolución dictada. Y sin que por otra parte el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica o el recurso

contra la calificación sea el adecuado para contener acerca del contenido de dicha resolución municipal (cfr. Resolución de 10 de octubre de 2017 o 27 de noviembre de 2019).

Resolución de 30-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 15.

DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIO: CANCELACIÓN POR DECLARACIÓN DE CADUCIDAD.

Es doctrina de esta Dirección General (véase Resoluciones de 30 de marzo y 19 de abril de 2016 citadas en los vistos) que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria. (cfr. arts. 1, 40 y 82 LH). Pero, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (art. 82 LH). Eso es lo que ocurre en los supuestos de caducidad del derecho de reversión si, a través del oportuno expediente administrativo, queda acreditado que el derecho de reversión ha incurrido en causa de caducidad y extinción de conformidad con lo establecido en la Ley sobre expropiación forzosa.

Lo cierto es que el caso que nos ocupa no se acredita que el actual titular registral del derecho de reversión inscrito haya sido oído en el expediente administrativo de caducidad que determina la extinción del derecho. Y como señalan las resoluciones anteriores es obligación del registrador exigir la acreditación de ese trámite de audiencia, manifestación no solo del cumplimiento del principio de tracto sucesivo sino también del principio constitucional de tutela judicial efectiva. No se puede aceptar el argumento del organismo expropiante que la transmisión del derecho de reversión es fraudulenta. Se trata de una cuestión que escapa a la calificación registral, debiendo partirse de la salvaguarda judicial de los asientos (art. 1 de la ley hipotecaria) de manera que solo en procedimiento adecuado dirigido contra el titular registral podrá acreditarse esa circunstancia (cfr. art. 40 y 82 LH). Por otra parte, si se hubiera anotado preventivamente la incoación del expediente de caducidad del derecho de reversión, se hubiera podido evitar la aparición de un eventual tercer adquirente protegido por la fe pública registral (art. 34 LH).

Resolución de 30-10-2020

BOE 23-11-2020

Registro de la Propiedad de Cuenca.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete

su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La incorporación de la representación gráfica a la inscripción tiene como consecuencia que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria» [párrafo séptimo del artículo 9.b) LH].

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. 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 lo que se refiere a las dudas de identidad, en el presente caso el registrador fundamenta su nota de calificación en la circunstancia de haberse inmatriculado la finca con una determinada superficie (114 metros cuadrados) que resultaba del perímetro catastral de la parcela con referencia 16008A014001230000FM. Por ello expresa no dudas, sino la certeza de que con la representación gráfica alternativa ahora aportada se altera la geometría de la finca registral inscrita.

Resolución de 30-10-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de San Clemente.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TITULARES REGISTRALES QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. El principio de tracto sucesivo se encuentra relacionado con el principio registral de legitimación, conforme al cual «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». En este sentido, tratándose de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, como sucede en el supuesto de hecho que nos ocupa, no existía ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada. Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 65.1.f) del texto refundido de la Ley de Suelo, sin que esta anotación preventiva se tomase en su momento en el supuesto de hecho planteado en el presente expediente, omisión que da lugar, por aparición sobrevenida de nuevos titulares, al obstáculo registral ahora examinado, siendo insuficiente desde el punto de vista del

requisito del tracto sucesivo los emplazamientos que se hicieron a los titulares registrales que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial.

De forma concorde con lo expuesto, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (cfr. art. 82 LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha reconocido la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia citada de 16 de abril de 2013.

Resolución de 30-10-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Manresa, número 1.

CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO: CANCELACIÓN.

La cancelación del pacto resolutorio inscrito precisa bien consentimiento del vendedor, en el acto o anticipado, resolución judicial, conforme a los principios generales, o conforme al artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, excepcionalmente, el transcurso del plazo establecido para la caducidad de la acción, en los términos indicados por el precepto; bien por ser el civilmente previsto en la ley aplicable o bien por haberse pactado, válidamente, un plazo menor. Es importante destacar que en el caso ahora debatido no se ha pactado anticipadamente, al formalizarse la escritura pública de venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, la caducidad convencional del derecho ni la prestación anticipada del vendedor a la cancelación mediante la presentación de los documentos aquí referidos. En definitiva, el mero documento bancario, expedido por la entidad financiera que fue parte vendedora en la venta con precio aplazado garantizado con la condición resolutoria cuya cancelación se pretende, acreditativo de la cancelación de operación de activo y especifica el número del préstamo y su fecha, no es suficiente para la cancelación de la condición resolutoria inscrita.

Resolución de 5-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

DESHEREDACIÓN: EXPRESIÓN DE LA CAUSA.

En el presente caso comparecen y consienten en la escritura las dos hijas legitimarias que han contradicho la causa de desheredación por falta de expresión legal, lo que ha sido corroborado por las herederas que aceptan la legítima de ambas. La cuestión que se ha de resolver ahora es si ambas nietas legitimarias constituyen todo el elenco de «afectados que tienen que dar su conformidad» como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento. Respecto de la cuestión relativa a la intervención de los descendientes de los hijos desheredados, el artículo 857 del Código civil establece que «Los hijos

o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido contradicha sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial; y ello porque se produce la extinción de su acción para reclamar la legítima, como consecuencia del acuerdo sobre la falta de certeza de la causa de desheredación.

No obstante, en el caso del presente recurso las anteriores consideraciones no deben impedir la inscripción de la escritura calificada porque falta uno de los presupuestos para que sea exigible la intervención de los hijos o descendientes de las desheredadas, cual es —como sostiene el recurrente y aun cuando la registradora no se refiere a esta cuestión— que la desheredación no cumple los requisitos formales para que produzca efectos. En el concreto supuesto de este expediente se cumplen dos de los parámetros: las desheredadas están identificadas y eran susceptibles de imputación al tiempo de la desheredación. Pero no se cumple la exigencia de la expresión determinante de al menos una de las causas de desheredación recogidas en el Código civil. Por los razonamientos precedentes debe concluirse que en este caso debe negarse eficacia a la desheredación, pues la testadora no menciona de manera expresa la concreta causa legal en que se funda para desheredar a sus nietas (arts. 848 y 849 CC) y se limitó a indicar que las deshereda «por las causas recogidas en el Código civil», mención que es a todas luces insuficiente según la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General.

Resolución de 5-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

Esta Dirección General ha entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto-Ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (cfr. las Resoluciones de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020). En el presente caso el registrador no basa su calificación negativa de la norma estatutaria debatida en que se exceda del ámbito de actividades a que se refiere dicha norma especial sino en que, a su juicio, lo que se permite en esa norma especial es limitar o condicionar, pero no establecer una prohibición absoluta de la actividad de alquiler o explotación de índole turística de las viviendas.

En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, (...) el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que «se limite», es decir, «poner límites a algo», en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa «límite o condicione», la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distin-

tos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios.

Resolución de 5-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: CONCRECIÓN DEL RECURSO GUBERNATIVO.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de derecho —párrafo segundo, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación». Bien es cierto que este Centro Directivo entendió, en su Resolución de 27 de marzo de 2008 que esa exigencia formal, no puede conducir sin más a entender que, aquella parte de la nota cuya impugnación no ha sido fundamentada, debe entenderse no recurrida, siempre que conste de manera inequívoca la voluntad del recurrente de alzarse contra la totalidad del contenido de la nota y solicite la revocación de la misma. Ahora bien, en el caso concreto del presente recurso no es que el recurrente impugne la razón que motivaría el segundo defecto, sino que ni siquiera se refiere al mismo aun remotamente. Por tal razón, esta Resolución se centrará únicamente en el primer defecto de la nota, pues es el único que se combate jurídicamente.

Si se tiene en cuenta que ese es el único defecto objeto de impugnación, es evidente que el registrador ha actuado correctamente pues, según el texto antes transcrito del citado artículo 327 de la Ley Hipotecaria, no procede sino «comunicar su decisión al recurrente», sin que estuviera obligado a elevar el expediente de recurso a este Centro porque, una vez rectificada la calificación en cuanto al único defecto impugnado, dicho recurso carece de objeto. Y, es más, el hecho de que con esa comunicación el registrador adjuntara una «nueva» nota de calificación que, con supresión de ese defecto, tiene en la parte restante idéntico contenido que la anterior (si bien con la sustitución del término «denegar» por el de «suspender» referido a la inscripción solicitada), es una circunstancia que —además de no contradecir dicha conclusión— no responde a una obligación (pues habría bastado con que afirmara que rectificaba ese concreto extremo de la calificación) pero no hace sino facilitar al recurrente los términos en que se mantiene la calificación respecto del defecto no impugnado (en puridad no es una nueva calificación sino la misma rectificada, pues no contiene ofrecimiento de recursos).

Resolución de 5-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 3.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

No corresponde en sede de este recurso pronunciarse sobre si procede la reducción arancelaria reconocida a los beneficiarios de la justicia gratuita,

que deberá ventilarse por otro cauce. En particular, una vez emitida la factura podrá impugnarse ante el Colegio de Registradores, contra cuya resolución, cabe recurso de alzada ante esta Dirección General. En segundo lugar, es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo, (cfr. la reciente resolución de 2 de junio de 2020) que conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente, como se ha dicho más arriba, sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora decidirse en base a documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada, es decir, el recurso se resuelve atendiendo únicamente a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

Entrando en el fondo del asunto es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado (Cfr. Resolución de 12 de diciembre de 2014, 25 de noviembre de 2016 entre otras) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 RH, y c) Ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito.

En el presente expediente, alega la recurrente que es socia o acreedora de las sociedades y personas respecto de las cuales solicita la información. La cuestión fundamental para resolver este expediente es si el interés legítimo de la solicitante ha sido justificado ante el registrador al tiempo de la solicitud de la publicidad. Del contenido del Registro no resulta relación alguna entre las personas y empresas respecto de las cuales se solicita información de forma indiscriminada. De la documentación aportada en el recurso, y que no puede tenerse en cuenta a los efectos de la resolución de este expediente (cfr. art. 326 de la L.H.), si resulta que la interesada está en trámites de divorcio y en el inventario que realiza el perito en el seno de la disolución de gananciales sí que se incluyen algunas de las empresas respecto de las cuales se solicita información. No se explica de ninguna manera cuál es la relación de las dos personas físicas cuyas fincas se solicitan y la disolución de gananciales de la recurrente.

Resolución de 5-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

No corresponde en sede de este recurso pronunciarse sobre si procede la reducción arancelaria reconocida a los beneficiarios de la justicia gratuita, que deberá ventilarse por otro cauce. En particular, una vez emitida la factura podrá impugnarse ante el Colegio de Registradores, contra cuya resolución, cabe recurso de alzada ante esta Dirección General. En segundo lugar, es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo, (cfr. la reciente Resolución de 2 de junio de 2020) que conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente, como se ha dicho más arriba, sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora decidirse en base a documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada, es decir, el recurso se resuelve atendiendo únicamente a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

Entrando en el fondo del asunto es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado (Cfr. Resolución de 12 de diciembre de 2014, 25 de noviembre de 2016 entre otras) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 RH, y c) Ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito.

En el presente expediente, alega la recurrente que es socia o acreedora de las sociedades y personas respecto de las cuales solicita la información. La cuestión fundamental para resolver este expediente es si el interés legítimo de la solicitante ha sido justificado ante el registrador al tiempo de la solicitud de la publicidad. Del contenido del Registro no resulta relación alguna entre las personas y empresas respecto de las cuales se solicita información de forma indiscriminada. De la documentación aportada en el recurso, y que no puede tenerse en cuenta a los efectos de la resolución de este expediente (cfr. art. 326 de la L.H.), si resulta que la interesada está en trámites de divorcio y en el inventario que realiza el perito en el seno de la disolución de gananciales sí que se incluyen algunas de las empresas respecto de las cuales se solicita información. No se explica de

ninguna manera cuál es la relación de las dos personas físicas cuyas fincas se solicitan y la disolución de gananciales de la recurrente.

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO SOBRE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces y así el Preámbulo de la citada Ley 8/2013 expresa que no se puede hacer depender la adopción de los mismos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir. Por tales razones no pueden ser estimados los motivos que alega el recurrente cuando, en esencia, sostiene que la regla de unanimidad no es imperativa en el presente caso dado que se trata de una comunidad de propietarios con cuatrocientos chalés y estaba inscrita en el Registro la regla estatutaria —artículo 36— según la cual los estatutos «... solo podrán ser reformados por acuerdo de la Asamblea General extraordinaria, expresamente convocada a tal fin, y con el voto favorable de más del 50 por 100 de los votos totales de la Comunidad». Según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) y la jurisprudencia (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1976, 26 de junio de 1993 y 13 de marzo de 2003) la referida regla legal de unanimidad tiene carácter imperativo.

El complejo inmobiliario regido por los estatutos que se modifican mediante la escritura calificada es de los mencionados en el apartado 2.a) del citado artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, con la consiguiente sujeción «a las disposiciones de esta Ley, que les resultarán íntegramente de aplicación»; y el amplio juego de la autonomía de la voluntad a que se refiere el recurrente es aplicable precisamente a «los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2», pues solo esos complejos no incluidos en dicho apartado son aquellos a los que «les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley» (art. 24.4).

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de derecho —párrafo segundo, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación». Bien es cierto que este Centro Directivo entendió, en su Resolución de 27 de marzo de 2008 que esa exigencia formal, no puede conducir sin más a entender que, aquella parte de la nota cuya impugnación no ha sido fundamentada, debe entenderse no recurrida, siempre que conste de manera inequívoca la voluntad del recurrente de alzarse contra

la totalidad del contenido de la nota y solicite la revocación de la misma. Ahora bien, en el caso concreto del presente recurso no es que el recurrente impugne la razón que motivaría el segundo defecto, sino que ni siquiera se refiere al mismo aún remotamente. Por tal razón, esta Resolución se centrará únicamente en el primer defecto de la nota, pues es el único que se combate jurídicamente.

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Jaén, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Los términos del recurso presentado obligan a este Centro Directivo a precisar nuevamente cuál es la finalidad y el objeto del denominado recurso contra la calificación del registrador, previsto en los artículos 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Es continua doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de una inmatriculación ya practicada.

De acuerdo con lo anterior es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ACREDITACIÓN.

A efectos registrales la representación alegada con base en la invocación de un mandato verbal exige, o bien justificar de forma auténtica su existencia (art. 3 LH), algo realmente difícil aunque no imposible, o la ratificación en tiempo oportuno por el representado que ponga fin a la ineficacia que afectaría al negocio en caso de no existir la representación (art. 1259 CC).

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO: ÁMBITO.

En el presente caso, tal y como se ha reseñado anteriormente, los términos de la sentencia aportada al Registro son inequívocos, sin que se constate en la

misma lo indicado por la recurrente en el sentido de que «le fue atribuida la nuda propiedad en contraprestación por la compensación económica y/o pensión compensatoria estipulada en su día entre las partes». Por tal razón, procede confirmar íntegramente la calificación en el extremo en que ha sido recurrida, toda vez que la adjudicación a la esposa de un bien privativo (adquirido por su esposo a título de herencia en 1991) rebasa, de manera clara y evidente, la viabilidad del testimonio aportado de la resolución judicial para provocar «per se» la inscripción pretendida, pues dicha adjudicación, sin más, es un acto a título gratuito, con lo que ello implica y conlleva en el orden material y formal.

A mayor abundamiento, y en esta línea, la Resolución de 7 de octubre de 2011 de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, citada por el registrador en la calificación, puso de relieve que, de acuerdo con el artículo 76.e) del Código de familia, el convenio de separación o de divorcio debe contener las normas relativas a la liquidación, si es el caso, del régimen matrimonial, y la división de los bienes comunes; y que, evidentemente, en un régimen de separación de bienes solo se puede proceder a la división de los bienes comunes. No hay lugar para tratar de las fincas o bienes que solo son de uno de los esposos, por mucho que se hayan adquirido durante el matrimonio, a menos que se trate de la atribución del uso de la vivienda familiar o de otras compensaciones. Por lo demás, el registrador ha de atenerse en su calificación a los asientos del Registro y al título presentado, que recoge lo que más arriba se ha transcrito y no otra cosa.

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Valdepeñas.

AGUAS: INSCRIPCIÓN DE UN POZO.

Debe en primer lugar recordarse la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del recurso documentos que no hayan sido presentados en tiempo en forma en el Registro, de forma que el registrador no pudo examinarlos a la hora de emitir su calificación.

La constancia registral de la existencia en la finca de un pozo por sondeo debidamente legalizado ante la Confederación Hidrográfica del Guadiana parece indicar que da derecho a algún tipo de aprovechamiento de aguas, por lo que se exige acreditar la correspondiente licencia y la inscripción del aprovechamiento de aguas a que da derecho la extracción del pozo en el Registro administrativo de Aguas (véase artículo 64 Reglamento Hipotecario), además de la identificación del caudal a que da derecho el aprovechamiento de aguas.

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

El recurso no puede prosperar pues, si bien es cierto como dice la recurrente que el artículo 415 del Reglamento Hipotecario se refiere a la acreditación

de la denuncia de la sustracción del libro de actas anterior como medio de permitir la legalización de un libro nuevo sin que se aporte el anterior, en el caso del supuesto que nos ocupa no nos encontramos ante una sustracción propiamente dicha, entendida como hurto o robo, sino ante una negativa a la devolución del libro anterior tras la cual subyace la existencia de una controversia entre las dos Juntas Directivas elegidas, cada una de las cuales actúa en representación de la comunidad arrogándose la legitimidad de su actuación cuestionándose por tanto la legalidad de los acuerdos alcanzados en las reuniones celebradas.

Por último, si bien el recurrente no lo hace expresamente en queja, sí solicita que se adopten las medidas legales necesarias al haberse producido actuaciones ilícitas por el referido funcionario público. Pues bien, de la documentación aportada no se deduce ninguna actuación negligente o culpable por parte del mismo.

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Mazarrón.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: CONTROL EN LOS CASOS DE TRANSMISIÓN DE LA FINCA.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (*vid.* por todas la Resolución de 5 de marzo de 2014), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3). El registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación. Las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad. Sin embargo, no puede olvidarse que, caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo.

Como se deduce de la sentencia cuyos pronunciamientos han de inscribirse, motivada por una demanda inicial y otra reconvenional, en realidad estamos ante la liquidación de dos obligaciones pecuniarias recíprocas, que se compensan y extinguen en la parte concurrente, y que, en cuanto al exceso, se acuerda su satisfacción mediante una dación en pago de deuda, de modo que el obligado a pagar determinada cantidad no entrega ese importe en dinero sino que en su lugar transmite su cuota indivisa sobre determinadas fincas a quienes tenían derecho a cobrar dicha cantidad. Por tanto, y con independencia de que la sentencia habla de acrecimiento de cuotas entre coherederos, en realidad estamos ante una auténtica transmisión de cuota indivisa de finca de un titular a otros. En relación con la normativa aplicable, como ha dicho este Centro Directivo en su Resolución de 28 de febrero de 2020 la cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas colindantes con el dominio público viene regulada en el artículo 36 del

Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla segunda dispone el modo de proceder del registrador en aquellos supuestos en que el dominio público costero no conste inscrito en el Registro de la Propiedad.

El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del art. 33). Cuando no se disponga de esta información la única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección, así como la determinación de si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración. No obstante, esta determinación previa solo debe ser exigible a aquellas fincas que, según los datos que consten en el Registro o a los que tenga acceso el registrador por razón de su cargo, como los datos catastrales (cfr. por todas, Resolución de 23 de abril de 2018), o que se desprendan del propio título inscribible, lindan con este dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres (arts. 15 de la Ley de Costas y 35 y 36 del Reglamento General de Costas).

Resolución de 12-11-2020

BOE 25-11-2020

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

COMUNIDAD HEREDITARIA: ACTOS DE DISPOSICIÓN.

El recurso no puede prosperar. Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.* por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 LH).

Mientras que no se realice liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia y se adjudiquen bienes concretos a herederos determinados existe una comunidad postganancial y hereditaria de la que no solo forman parte el cónyuge sobreviviente y los herederos del titular registral, sino todos los llamados a la sucesión por sus cuotas, lo que incluye a los legitimarios y a los legatarios de parte alicuota.

En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente

como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición. El Tribunal Supremo confirma (véase Sentencia de 7 de marzo de 2012) que la venta de bienes, propiedad de comunidad hereditaria, por alguno solo de los coherederos, sin consentimiento de los demás, antes de la partición es ineficaz, por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 CC al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. La misma solución es por tanto aplicable a cualquier otro acto dispositivo como puede ser la constitución de una hipoteca, por lo que no podrá ser inscrita mientras no lo ratifique el legitimario cuyo consentimiento se ha omitido.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 01-09-2020

BOE 2-10-2020

Registro Mercantil de Cádiz, número I

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: TÍTULO INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO. HOMOLOGACIÓN JUDICIAL NO ALTERA EL CARÁCTER PRIVADO DEL DOCUMENTO Y DEBE ELEVARSE A ESCRITURA PÚBLICA

El título objeto de la calificación impugnada en el presente expediente es un mandamiento expedido en procedimiento judicial sobre liquidación de régimen económico matrimonial y división de herencia, en el cual se homologó una transacción entre demandantes y demandados, disponiéndose en dicho mandamiento el cese del administrador de la sociedad y el nombramiento de cuatro administradores mancomunados. La registradora suspendió la inscripción solicitada, entre otros defectos, porque, a su juicio, el documento presentado no constituye título inscribible. La mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, según reiterada doctrina de la DGRN, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública si se pretende su incorporación a los libros del Registro. La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos. La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. La recurrente argumenta únicamente respecto al defecto indicado, según el cual la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso que, iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al registro, según reiterada doctrina de la Dirección General, debiendo

ser objeto de elevación a escritura pública si se pretende su incorporación a los libros del Registro; y se limita a solicitar la inscripción del cese del administrador. Por ello, la resolución del presente recurso debe ceñirse a tal extremo. En cuanto al fondo del recurso, el defecto objeto de impugnación debe ser confirmado. Conforme a la doctrina de la Dirección General (Resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010) uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan «*erga omnes*» de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento del Registro Mercantil—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, estableciéndose exigencia análoga en el Código de Comercio (art. 18), y en el Reglamento de Registro Mercantil (art. 5), salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. El acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad. En el presente caso, como afirma la registradora en su calificación, para inscribir el cese de administrador único y nombramiento de administradores mancomunados debe constar en escritura pública (art. 18 del Código de Comercio) la adopción del correspondiente acuerdo en junta de socios constituida con cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital (arts. 209, 210 y 285).

Resolución de 02-09-2020

BOE 2-10-2020

Registro Mercantil de Sevilla, número III

REDUCCIÓN DE CAPITAL CON DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES. PRINCIPIO DE PARIDAD DE TRATO. NECESARIO EL CONSENTIMIENTO ÚNANIME DE TODOS LOS SOCIOS PARA MODIFICAR LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE CUALQUIER SOCIO

Mediante la escritura cuya calificación es impugnada, un administrador de una sociedad, con intervención de la socia ahora recurrente, ejecuta los acuerdos adoptados por la junta general por los que se reduce el capital social en 6.971,74 euros con la finalidad de restituir aportaciones a dicha socia, quien recibe 277.766,64 euros mediante la adjudicación de un inmueble de la sociedad. Tales acuerdos fueron aprobados con el voto favorable de socios titulares de participaciones que representan el 80% del capital social y el voto en contra de los dos socios titulares de las restantes participaciones sociales, quienes expresaron que dicho acuerdo requería unanimidad de todos los socios y manifestaron su disconformidad con el valor de la restitución mediante la adjudicación de dicho bien inmueble. Los defectos expresados por el registrador que son objeto de impugnación son dos: a) dado que la reducción de

capital social por devolución de aportaciones no afecta por igual a todas las participaciones en que se encuentra dividido el capital social, es necesario, tal y como establece el artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital, el consentimiento de todos los socios, y b) la regla general en materia de reducción de capital social es que debe restituirse a los socios en dinero y para que pueda efectuarse en «especie», si no está previsto en estatutos, requiere la aprobación unánime de los socios por afectar a derechos individuales de los socios; y en el presente caso la restitución en especie, así como la valoración dada al bien no ha sido aprobada por unanimidad. Conforme a diversos artículos de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo de reducción de capital con devolución de aportaciones debe afectar por igual a todos los socios, lo que conlleva que la alteración que de la posición jurídica resulte debe ser idéntica para todos ellos. Así ocurrirá cuando el porcentaje de amortización o cuando la disminución del valor nominal sea el mismo para todos; si no es así, el acuerdo no será válido si no refleja el consentimiento a que se refiere el precepto. Es más, el principio de paridad de trato va más allá, pues no solo implica la formulación de la misma regla a todos los socios, sino que su aplicación debe garantizarlo. No basta pues con aplicar una regla que en principio sea idéntica para todos los socios si el resultado obtenido implica una disparidad de trato. El registrador entiende que la operación de reducción de capital con devolución del valor de aportación, al ser un supuesto eminentemente voluntario de reducción, no puede ser impuesta por la mayoría en perjuicio de la minoría de conformidad con las reglas sobre protección de los socios minoritarios. Debe ser confirmado el primer defecto señalado por el registrador, pues aun cuando el acuerdo de reducción del capital social por restitución del valor de aportaciones ha sido adoptado con la mayoría exigida por el artículo 199.a) de la Ley de Sociedades de Capital, debe entenderse que supone, en los términos de los artículos 329 y 330 de la propia ley, una violación del principio de paridad de trato que los mismos formulan. Existe disparidad de trato entre esa socia a quien se reembolsa el valor de su participación y los restantes socios, que no reciben nada y, por tanto, son afectados, toda vez que su posición en la sociedad queda alterada, de modo que debe aplicarse el artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital, que requiere el consentimiento unánime para cualquier modificación que afecte a los derechos individuales de cualquier socio.

Respecto del segundo de los defectos impugnados, es cierto que la regulación de la Ley de Sociedades de Capital en sede de reducción de capital por restitución del valor de aportaciones no contiene una previsión expresa de que su ejecución haya de llevarse a cabo mediante la entrega de una cantidad de numerario a cada uno de los socios a los que afecte. La regla general es la de percepción en dinero del valor de la aportación que se devuelva al socio mediante la reducción del capital social, no obstante, debe admitirse con base en el principio de autonomía de la voluntad —artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital— que los estatutos prevean otra cosa o que, por unanimidad, se hubiere acordado lo contrario. En el presente caso, al no haberse adoptado el acuerdo de reducción por unanimidad de los socios, debe confirmarse también la objeción expresada por el registrador en la calificación impugnada respecto de la adjudicación del inmueble —y su valoración— como restitución del valor de las participaciones amortizadas (arts. 292, 329 y 330 de la Ley de Sociedades de Capital).

Resolución de 09-09-2020

BOE 2-10-2020

Registro Mercantil de Castellón, número I

EXPEDIENTE PREVIO DE DESIGNACIÓN DE AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA. ARTÍCULO 17 LEY HIPOTECARIA: PRINCIPIO DE PRIORIDAD. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. CONSTITUCIÓN DE JUNTA GENERAL. CONDICIÓN DE SOCIO. DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO DE LOS SOCIOS EN LA JUNTA GENERAL

Presentada escritura de elevación a público de acuerdos sociales de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada, la registradora mercantil suspende la calificación. Fundamenta su decisión en la existencia de un expediente previo de designación de auditor a instancia de la minoría en el que se ha accedido a la solicitud del instante. Dicho expediente, en el que la sociedad no reconoce el carácter de socio del instante, ha sido objeto de recurso ante la Dirección General. La resolución de suspensión entiende que existiendo indeterminación sobre si el solicitante de la auditoría es socio, no puede despacharse la escritura de aumento de capital al haber sido adoptado dicho acuerdo en una junta general a la que aquel no fue convocado. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 28 de febrero de 2018 y 20 de marzo de 2019 y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020, entre otras), que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el registrador mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza.

Dicha doctrina ha sido elaborada en el contexto de la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital con la finalidad de resolver el conflicto que se produce cuando se trata de enervar la solicitud del minoritario con la afirmación de que ya existe un auditor voluntario designado por la propia sociedad cuya solicitud de inscripción en el Registro Mercantil está pendiente de despacho. Ha sido reiterada la doctrina que trata de evitar la coexistencia de dos auditores. De este modo cuando existe un asiento pendiente de presentación en el Registro Mercantil de solicitud de inscripción de auditor voluntario es preciso suspender el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría hasta que se decida en aquel otro procedimiento si se lleva a cabo o no la inscripción. De esta circunstancia dependerá la estimación o la desestimación en este otro procedimiento de solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría (Resoluciones en sede de recursos en expediente de designación de auditor de fechas 27 de abril de 2015 y 31 de enero de 2018). En cuanto a la validez de la constitución de una junta general, en el ámbito del Registro Mercantil la cuestión ha cobrado especial relevancia cuando resulta que la constitución de una junta general de una sociedad no ha tenido en cuenta la existencia de socios cuya condición resulta del Registro, a pesar de la declaración del presidente sobre su válida constitución. Las Resoluciones de 23 y 24 de enero de 2019 resumieron de esta forma la trascendencia que tiene dicha declaración y los supuestos en que el registrador puede prescindir de ella y considerar que la constitución de la junta general no reúne los requisitos legales. Según doctrina de la Dirección General todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas,

y salvo excepciones, a emitir un voto. Corresponde al presidente realizar la declaración válida de constitución de la junta, así como la declaración sobre los resultados de las votaciones, etc..., pero estas declaraciones no vinculan al registrador si este observa que la declaración del presidente es contradictoria a la documentación aportada y a los asientos del Registro Mercantil. Es el supuesto de privación arbitraria del derecho de asistencia y voto del socio aquel a que se refiere la presente y respecto del que la Resolución de 24 de octubre de 2016, entre otras, entendió que la presidencia de la junta no podía privar de su derecho de voto a un socio por la mera existencia de un procedimiento judicial (sin que resultase la adopción de medida cautelar alguna sobre el ejercicio de los derechos inherentes), pues de lo contrario la formación de la voluntad social podría quedar a su arbitrio. A la luz de la doctrina expuesta el recurso no puede prosperar al resultar del contenido del Registro que un socio ha solicitado y obtenido de la registradora mercantil la resolución de que procede la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el procedimiento de designación que se lleva a cabo en ejercicio de la competencia reconocida en el citado artículo, en el artículo 16.2 del Código de Comercio y en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el solicitante ha aportado una escritura pública de adquisición de participaciones sin que la administración de la sociedad haya desvirtuado la condición de socio. Dicha transmisión de participaciones sociales se ha realizado en un proceso de liquidación concursal por la que se transmite con autorización judicial la venta de unidad productiva. Es claro que la apreciación de dicha condición, de producirse, resulta incompatible con la omisión que de la misma se lleva a cabo en el documento presentado y cuya calificación ha sido suspendida. La resolución de la registradora sobre la procedencia de la designación de auditor había sido impugnada en alzada al tiempo de la suspensión de la calificación de la escritura de aumento de capital. Su resolución de suspensión es plenamente acertada a la luz de la doctrina expuesta y sin que quepa alegar la declaración sobre la válida constitución de la junta general que lleva a cabo el presidente por resultar del contenido del Registro una situación de indeterminación que obligaba a la registradora a actuar como lo hizo. Más aún cuando la autenticidad del hecho presupuesto del derecho y de la legitimación resulta de un documento notarial no discutido judicialmente cuyo contenido obra en el Registro y habida cuenta que el interesado siempre puede acudir al juez, incluso en procedimiento cautelar susceptible de acceder al Registro para la defensa de sus derechos contra el asiento inexacto. Por lo demás, la falta de inscripción en el libro registro de socios, no es determinante de la privación de legitimación cuando el reconocimiento de la condición de socio es un hecho debido que no puede desconocer la sociedad. Debe señalarse el carácter prevalente del artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital al decir «el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que esta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen». De lo contrario, estaría en manos del órgano de administración no inscribir o demorar el hecho material debido para evitar que el socio ejercite válidamente sus derechos.

Resolución de 19-09-2020
BOE 7-10-2020
Registro Mercantil de Granada

REDUCCIÓN CAPITAL SOCIAL DE SOCIEDAD LIMITADA POR DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES. NECESARIO NIF DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA ADJUDICATARIA

Estamos ante un expediente donde se solicita la inscripción de una escritura donde se elevan a público los acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad limitada en los que se reduce el capital social con el objetivo de restituir el valor de sus aportaciones a uno de los socios, concretamente a una sociedad extranjera domiciliada en Estados Unidos, constituida con arreglo a las leyes de Washington D.C. La registradora califica de defecto alegando que no consta el número de identidad de extranjero (NIE) de la sociedad a la que se restituyen sus aportaciones, exigencia que, a su juicio, resulta de lo establecido en los artículos 331.1 LSC, 38.2 y 202 del RRM y 18.1 y 20.1 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. Debido a la función de garantía que desempeña el capital social, las exigencias legales para su reducción han de ser observadas escrupulosamente en la medida que puede comprometer las expectativas de cobro de los acreedores sociales, riesgo que existe claramente cuando la reducción del capital social comporta disminución del patrimonio neto para realizarse devoluciones a los socios. El sistema ordinario de reducción con restitución del valor de aportaciones sociales gira, básicamente, en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones de sus aportaciones, lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno de ellos con su correspondiente publicidad registral. El artículo 38 del Reglamento del Registro Mercantil exige que las personas jurídicas extranjeras sean identificadas con los datos de identificación registral y el número de identificación fiscal, cuando se traten de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria, exigencia esta también aplicable a las personas jurídicas extranjeras. Por tanto, a los efectos de identificación de personas jurídicas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad solo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio que conste un número de identificación fiscal.

A estos efectos y al amparo del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en cuyo artículo 18.1 se dispone que: «Las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, tendrán un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria». Según el artículo 3.1 del mismo Reglamento, el Censo de Obligados Tributarios estará formado por la totalidad de las personas o entidades que deban tener un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria conforme a lo establecido en el citado artículo 18. Y el artículo 4.2, relativo al contenido de dicho Censo, incluye entre los datos de este el número de identificación fiscal español asignado a las personas jurídicas extranjeras. Por su parte el artículo 23.1 del mismo Reglamento establece que las personas jurídicas «que vayan a

ser titulares de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria deberán solicitar la asignación de un número de identificación fiscal. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda». En el presente caso el recurso no puede prosperar porque la escritura calificada contiene un acto del que se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, pues a la socia única de que se trata la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias, por ejemplo las que deriva del artículo 62.b) del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, según el cual estarán obligados al pago del impuesto a título de contribuyente, en la reducción de capital social, los socios por los bienes y derechos percibidos.

Resolución de 17-09-2020
BOE 7-10-2020
Registro Mercantil de Jaén

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO CADUCADA. PRINCIPIO DE PRIORIDAD (ART. 17 LH) Y TRACTO (ART. 20 LH). CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES

Estamos ante un expediente que da lugar con la negativa de la registradora a cancelar las cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo como consecuencia del despacho del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas, resultantes del procedimiento en el que se trabó dicha anotación, dado que la misma había caducado antes de que la documentación calificada fuese presentada en el Registro y sin que se hubiera solicitado antes la prórroga de la anotación de embargo que estaba en ejecución. El recurrente alega que a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 437/2017, de 7 de julio, la aprobación definitiva del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes. Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años (en general) o de tres años (para las practicadas al amparo de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954), hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.^a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (Resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

En este supuesto de hecho el recurso no puede prosperar porque cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo del que dimanen y también la de su prórroga, ya se había producido. En consecuencia, se rechaza la cancelación de las cargas posteriores —que han pasado a ser anteriores— al estar caducada la anotación del embargo ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio. El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Operan los principios de prioridad (art. 17 LH) y tracto (art. 20 LH), por lo que habiendo perdido la anotación, como ha quedado expuesto, su efecto respecto a terceros posteriores inscritos, surge un obstáculo registral que impedirá la cancelación de los asientos posteriores al devenir registralmente inexistente la anotación de la que trae causa. Podría pensarse que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario. Respecto de la alegación de que el testimonio del decreto del remate y el mandamiento de cancelación de cargas pueden constar en un solo documento, si bien no de forma obligatoria, para lo que se ha requerido al Juzgado, y en base a lo cual se solicita la suspensión comentada en la consideración anterior, debe indicarse que el Acuerdo de calificación no hace mención al aspecto formal de la documentación —uno o varios documentos judiciales—, sino a la necesidad de despacho conjunto de los documentos presentados —artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 2017—, resultando, en consecuencia que, calificado con defectos el testimonio del decreto de adjudicación, no puede inscribirse el mandamiento de cancelación de las cargas posteriores.

Resolución de 24-09-2020
BOE 9-10-20
Registro Mercantil de Madrid

PRINCIPIO DE PRIORIDAD (ART. 17 LH). DOCUMENTO POSTERIOR AUTÉNTICO QUE CUESTIONA LA VALIDEZ O EFICACIA DEL PRIMERO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. 18 LH)

En el presente recurso están presentados por diferentes personas dos títulos relativos al nombramiento de administrador de una misma sociedad, realizados por dos distintas juntas por existir controversia respecto de la titularidad de la condición de socios y por tanto de las mayorías exigibles. Existen, en concreto dos juntas generales universales, una de 14 de octubre de 2019, y otra de 16 de enero de 2020, de contenido incompatible pues en ambas se cesa al mismo Ad-

ministrador único de la Sociedad, nombrándose distintos administradores únicos, y ambos acuerdos sociales están elevados a públicos y presentados en el Registro Mercantil. El título que es objeto de este recurso es el presentado en segundo lugar. El recurrente alega la inexactitud de la escritura primeramente presentada, por no corresponderse la titularidad real de las participaciones con las reflejadas en el libro de socios legalizado en el Registro Mercantil. Es doctrina reiterada de la Dirección General (Resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013 y 31 de enero de 2014), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos. La cuestión esencial reside en consecuencia en determinar adecuadamente la especie de conflicto que se produce cuando, a la hora de calificar, existe presentado un documento posterior auténtico que cuestiona la validez o eficacia del primero. Precisando aún más es importante delimitar que el conflicto que el principio de prioridad pretende solventar es el que se produce entre dos derechos válidos compatibles o incompatibles entre sí. Si compatibles, el orden de despacho vendrá determinado por el orden de presentación que determinará a su vez el rango hipotecario. Si incompatibles accederá al Registro el primeramente presentado con exclusión del segundo cualquiera que sea su fecha (art. 17 LH).

Este conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad, sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y del Código de Comercio, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo. Como ha declarado reiteradamente la Dirección General (*vid.*, por todas, Resolución de 3 de julio de 2013), «debe tenerse bien presente la especial trascendencia de los pronunciamientos registrales con su alcance *«erga omnes»*, habida consideración de la presunción de exactitud y validez del asiento registral y del hecho de que el contenido tabular se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare judicialmente la inexactitud registral. Por ello, el registrador, en su calificación, no solo puede sino que debe tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque fuese presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces». Por ello cuando el conflicto que se produce no se refiere al orden de inscripción de derechos o situaciones incompatibles entre sí sino a la falta de validez de la primera puesta de relieve por la segunda, la cuestión no se plantea en el ámbito de la prioridad sino en el de la validez, primando la aplicación del principio de legalidad e imponiéndose la exclusión del documento primeramente presentado. Teniendo esto presente y como afirma la Resolución de 5 de junio de 2012 la situación es relativamente sencilla por cuanto es absolutamente irrelevante cuál haya sido el orden de presentación de los títulos

en el Registro Mercantil, ya que el principio de prioridad registral no funciona para solventar la preferencia excluyente entre título auténtico y el que no lo es. Lo mismo ocurre con la presentación, con asientos de presentación vigentes, de diversos títulos contradictorios entre sí. La regla general es que, en su función calificadora, los registradores mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después.

No obstante, en numerosas ocasiones la Dirección General (Resoluciones de 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo de 2001 y 5 de junio de 2012), ante una contradicción insalvable de los títulos presentados ha afirmado: en primer lugar, que el registrador en su calificación deberá tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque fuese presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces; en segundo lugar, que hay que tener bien presente la especial trascendencia de los pronunciamientos registrales con su alcance «*erga omnes*» y habida consideración de la presunción de exactitud y validez del asiento registral y del hecho de que el contenido tabular se halla bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare judicialmente la inexactitud registral; en fin y en su consecuencia, que para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas, ante la insalvable incompatibilidad, el registrador debe suspender la inscripción de sendos (o de todos y sus conexos) títulos incompatibles y remitir la cuestión relativa a la determinación de cuál sea el auténtico a la decisión de juez competente, cuya función el registrador no puede suplir en un procedimiento, como es el registral, sin la necesaria contradicción y la admisión de prueba plena como ha de tener lugar en el ordinario declarativo en que se ventile la contienda. En el presente supuesto no puede prosperar el recurso porque debe considerarse fundada la decisión del registrador de rechazar la inscripción del título objeto de recurso en tanto en cuanto el primero se encuentre pendiente de despacho o con asiento vigente, o se dilucide judicialmente la titularidad real de las participaciones y la validez de uno u otra junta contradictoria, habida cuenta de la imposibilidad de determinar en el plano estrictamente registral la nulidad de los acuerdos documentados en los documentos presentados en primer lugar.

Resolución de 24-09-2020
BOE 9-10-2020
Registro Mercantil de Badajoz

INHIBICIÓN EN CONCILIACIÓN REGISTRAL. ARTÍCULO 102 RH

Solicitada conciliación registral al amparo del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, el registrador alega amistad manifiesta con una de las partes para inhibirse. Dispone el artículo 102 del Reglamento Hipotecario lo siguiente:

«Los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos a estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes. Los citados documentos se calificarán y despacharán por el Registrador de la Propiedad que corresponda con arreglo al cuadro de sustituciones, a quien oficiará al efecto el Registrador incompatible. Se exceptúa el caso previsto en el artículo 485 y cuando existan en el mismo término municipal dos o más Registros de la Propiedad, en cuyo caso lo verificará un Registrador no incompatible. El Registrador que accidentalmente deba calificar los documentos percibirá por su calificación y despacho solamente los honorarios que señala el Arancel, sin indemnización alguna por dietas y gastos de viaje y con deducción de lo que corresponda por razón de gastos de personal y de material». La Resolución de 6 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aprobó el cuadro de sustituciones de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, que es el aplicable para el desempeño de las interinidades por los registradores titulares respectivo en caso de vacantes, pero también a las situaciones de incompatibilidad reguladas por el artículo 102 del Reglamento Hipotecario. Se estima el recurso porque, como señala el recurrente, corresponde por tanto al Registrador Mercantil de Badajoz remitir el expediente, en el plazo más breve posible, al registrador competente conforme al cuadro de interinidades.

Resolución de 19-10-2020.

BOE 4-11-2020

Registro Mercantil de Madrid, número I

DEPÓSITO DE CUENTAS: LA FECHA ESTATUTARIA DE INICIO DE OPERACIONES INICIA EL PRIMER EJERCICIO SOCIAL PARA DEPOSITAR CUENTAS.

SE CONFIRMA. En el presente recurso se pretende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019, estando el Registro cerrado por falta de depósito de las correspondientes al ejercicio anterior.

El recurrente alega, en síntesis, que la sociedad no podría haber realizado ninguna operación hasta tener la escritura debidamente registrada, es decir como pronto el 17 de enero de 2019, pero no en el 2018; y a mayor abundamiento, el alta en Hacienda se presentó en septiembre de 2019.

La Resolución de la Dirección General de 25 de marzo de 2011 dispuso que si en los estatutos de la sociedad, como ocurre en este caso, se indica que «dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura pública de constitución», el primer ejercicio fue el comprendido entre el día de ese otorgamiento y el 31 de diciembre del mismo año. Así mismo, continúa diciendo, aun cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre de ese primer ejercicio, subsistiría su obligación de presentar los documentos contables en el Registro Mercantil competente, y solo cambiaría su contenido.

El recurso no puede prosperar porque habiéndose constituido la sociedad el día 27 de diciembre de 2018, fecha coincidente con el inicio de operaciones, según los estatutos, debe presentar los documentos contables correspondientes al ejercicio del 2018, aunque su contenido se ajuste a lo manifestado por el recurrente de no haber realizado actividad mercantil alguna.

Resolución de 19-10-2020.

BOE 4-11-2020

Registro Mercantil de Madrid, número II

DEPÓSITO DE CUENTAS: LA FECHA ESTATUTARIA DE INICIO DE OPERACIONES INICIA EL PRIMER EJERCICIO SOCIAL PARA DEPOSITAR CUENTAS.

SE CONFIRMA. En el presente recurso se pretende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019, estando el Registro cerrado por falta de depósito de las correspondientes al ejercicio anterior.

El recurrente alega, en síntesis, que la sociedad no podría haber realizado ninguna operación hasta tener la escritura debidamente registrada, es decir como pronto el 21 de enero de 2019, pero no en el 2018; y a mayor abundamiento, el alta en Hacienda se presentó en septiembre de 2019.

La Resolución de la Dirección General de 25 de marzo de 2011 dispuso que si en los estatutos de la sociedad, como ocurre en este caso, se indica que «dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura pública de constitución», el primer ejercicio fue el comprendido entre el día de ese otorgamiento y el 31 de diciembre del mismo año. Así mismo, continúa diciendo, aun cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre de ese primer ejercicio, subsistiría su obligación de presentar los documentos contables en el Registro Mercantil competente, y solo cambiaría su contenido.

El recurso no puede prosperar porque habiéndose constituido la sociedad el día 17 de diciembre de 2018, fecha coincidente con el inicio de operaciones, según los estatutos, debe presentar los documentos contables correspondientes al ejercicio del 2018, aunque su contenido se ajuste a lo manifestado por el recurrente de no haber realizado actividad mercantil alguna.

Resolución de 19-10-2020.

BOE 4-11-2020

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, número I

CALIFICACIÓN DE TÍTULOS CONTRADICTORIOS. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN DE ACUERDOS: EFICACIA. PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

SE REVOCA. En el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador por la que suspende la inscripción de una resolución judicial de declaración de disolución de una sociedad y nombramiento de liquidadores.

El registrador señala en su nota de calificación la existencia de dos inscripciones contradictorias una relativa a la disolución de la sociedad (inscripción 21.ª) y, por otro lado, la inscripción relativa a la designación de otros liquidadores distintos a los del mandamiento judicial (inscripción 22.ª), habiendo sido los acuerdos de ambas juntas impugnados judicialmente y constando en el Registro Mercantil la anotación preventiva (letra B) de la demanda de impugnación de los acuerdos adoptados en la mencionada junta de 19 de marzo de 2014 y la suspensión cautelar de los mismos, cuya nulidad se postula, así como de aquellos acuerdos sociales y actuaciones posteriores que traigan causa de ellos (los adoptados en la citada junta de 1 de junio de 2016 - inscripción 22ª); pero estando dichas inscripciones bajo la salvaguarda de los tribunales, es necesario para la inscripción de lo ordenado en las precedentes resoluciones judiciales que

se declare judicialmente la inexactitud o nulidad de dichos asientos (las citadas inscripciones 21.^a y 22.^a) y se ordene a través de las pertinentes sentencias firmes, o bien por medio de los correspondientes mandamientos judiciales, la cancelación de las referidas inscripciones 21.^a y 22.^a, por ser ambas contradictorias e incompatibles con lo ordenado en las referidas resoluciones judiciales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 del Código de Comercio, 7 y 10 del Reglamento del Registro Mercantil, 208 de la Ley de Sociedades de Capital, y 156 del Reglamento del Registro Mercantil».

El recurrente alega que «el hecho de que en el Registro Mercantil consten inscripciones contradictorias con lo resuelto no puede justificar la negativa a practicar las inscripciones registrales ordenadas por el Juzgado de lo Mercantil en cumplimiento de una sentencia judicial firme y que ha sido además confirmada en casación por el Tribunal Supremo. Las inscripciones registrales contradictorias deben cancelarse de oficio por el propio Sr. Registrador sin que estas cancelaciones tengan que ser expresamente acordadas u ordenadas por el órgano Judicial».

El registrador en su calificación explica la existencia de asientos anteriores de contenido aparentemente contradictorio al que resultaría de practicarse la inscripción de la disolución judicial. En el caso que nos ocupa hay que tener en cuenta que la demanda de disolución judicial no se hizo constar en el Registro sino hasta que la sentencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Supremo (la confirmatoria es de 9 de octubre de 2018).

Los administradores demandantes no instaron ni la anotación preventiva de demanda ante el juez de lo mercantil de disolución judicial, ni la anotación de ejecución provisional de la sentencia recaída en primera instancia (que lleva fecha de 21 de marzo de 2014), lo que permitió el acceso al Registro Mercantil bajo la inscripción 21.^a de la hoja registral de un acuerdo social de disolución ahora voluntaria de la sociedad adoptado apenas unos días antes de que se dictara la sentencia y quizás anticipando su resultado (el acuerdo de junta es de fecha de 19 de marzo).

Así, el registrador deniega el acceso de la sentencia de disolución judicial por razón de ser el título y, luego, el correspondiente asiento contradictorio con los primeramente inscritos (inscripciones 21.^a de disolución voluntaria y 22.^a de nombramiento de liquidadores por la junta). Con la matización de que este defecto solamente puede salvarse aportando resolución judicial —por vía de mandamiento o testimonio de la sentencia— ordenando la cancelación de los asientos previos que estarían «bajo la salvaguarda de los tribunales». Como señala con todo rigor la fundamental Resolución de 5 de junio de 2012, «debemos entender por títulos incompatibles los que documentan hechos inscribibles referentes a un mismo empresario inscrito pero cuya inscripción conjunta en el Registro Mercantil no fuese posible, bien por incompatibilidad unilateral (inscrito que fuese el título «A» debería quedar cerrado el Registro a la inscripción del título «B») o incompatibilidad recíproca («A» expulsa a «B» del Registro y a la inversa)».

En nuestro caso, existen dos hechos registrales opuestos referidos a la misma sociedad y a diferentes liquidadores: la disolución voluntaria acordada por junta y posterior nombramiento de liquidadores cuyas suspensiones, judicialmente declaradas, acceden primeramente al Registro y la disolución forzosa de la sociedad por causa legal adoptada por sentencia con nombramiento judicial de liquidadores que accede luego, después de casación, al mismo Registro.

Si vale la decisión de disolución forzosa por decisión judicial la sociedad se entendería disuelta por esa causa y desde la constatación judicial de la situación por la correspondiente sentencia y, lo que es más importante, debe ejecutarse la

liquidación por los liquidadores designados por el juez que habitualmente realiza dicha designación a su prudente arbitrio, ponderando los intereses en juego de los grupos societarios enfrentados, discriminado su nombramiento en profesionales cualificados e independientes.

Así las cosas, existe un problema de técnica registral no precisamente trivial cual es la determinación del adecuado tratamiento registral de los hechos inscribibles contradictorios con los acuerdos suspendidos. Pues bien, atendida la naturaleza y finalidad de la suspensión, no puede entenderse cerrado el Registro a ellos (los privados de eficacia provisional son los afectados por la anotación de suspensión y no los opuestos) ni parece que el reflejo registral adecuado de los correspondientes títulos opuestos al del acuerdo suspendido sea a la vez el de una suspensión (accede al Registro el opuesto mediante análoga anotación de suspensión). De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 26 de febrero de 2001 se ha enfrentado con un supuesto similar y ha optado por la inscribibilidad de los asientos y títulos contradictorios mediante la técnica del «arrastre de cargas». En aquella ocasión los asientos y títulos contradictorios eran una exclusión del socio cuya validez había sido objeto de anotación de demanda y una disolución voluntaria acordada sin presencia del socio excluido en donde la contradicción subyace entre la nulidad anunciada (el irregularmente excluido conservará su condición de socio) y el acuerdo que secunda esa exclusión (junta celebrada no reconociendo derecho de socio al excluido).

Es decir: si el título que posteriormente a la anotación accede al Registro no tiene otros defectos, se practica un asiento de inscripción con eficacia condicionada a la del acuerdo contradictorio lo que se hace constar en el Registro, en el asiento y en la nota de despacho mediante técnica similar a la existente en el Registro de la Propiedad: con arrastre de la «carga» de la anotación de suspensión y sus efectos. Aunque en el caso citado se trataba de una simple anotación preventiva de demanda, la doctrina sentada debe valer, a fortiori, en los casos de anotación preventiva de suspensión porque en aquel caso la posición del interesado es más débil que en nuestro caso. En definitiva y siguiendo esta técnica: estaremos ante una inscripción (en nuestro caso de disolución judicial de la sociedad y nombramiento judicial de liquidadores) condicional que registralmente se consolidará cuando judicialmente se declare la nulidad de las juntas por las que se acordó la disolución voluntaria y nombramiento de liquidadores o cuando se cancelen las anotaciones de suspensión por cualquier causa. Por el contrario, si los acuerdos de disolución voluntaria y nombramiento de liquidadores resultaren ser validados, estaríamos ante el mismo problema de arreglo de la situación registral a la verdad constatada oficialmente por los tribunales, siendo enteramente de aplicación toda esa doctrina registral anteriormente citada sobre la cancelación en su caso de los asientos posteriores contradictorios.

Evidentemente, los liquidadores judiciales inscritos quedan constituidos en la obligación de llevar a efecto la liquidación de la sociedad y adoptar las medidas necesarias para que pueda llevarse a efecto lo que incluye la realización de los actos necesarios para cancelar la hoja de la sociedad.

Comoquiera que de conservarse vivas las anotaciones de suspensión el cierre de la hoja y la extinción resultaría ser siempre meramente provisional (*vid.* en este sentido la Resolución de 26 de febrero de 2001), los liquidadores están legitimados para desarrollar la actuación procesal idónea para conseguir que el cierre sea definitivo sin que deba examinarse aquí en detalle (personación en el proceso de impugnación del acuerdo de disolución voluntaria para obtener

la cancelación de la anotación y, acaso, solicitud de cancelación de los correspondientes acuerdos en trámite de ejecución de la sentencia estimatoria de la disolución judicial por causa legal de resultar admisible). Tampoco hemos de ocuparnos aquí de la discutida y discutible posibilidad de que una junta social posterior acuerde por mayoría la remoción de los liquidadores nombrados por el juez — que se presumen imparciales y cualificados— sin necesidad de ninguna intervención judicial.

Toda la argumentación anterior no queda comprometida por la (supuesta) aplicación del principio de prioridad en sede mercantil-registral. Dejando aparte el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado sigue una «doctrina ecléctica» en lo que hace a la cancelación de los asientos contradictorios de una sentencia (el registrador no puede exigir declaración judicial expresa ordenando la cancelación cuando del contenido de la sentencia y de la hoja registral resultaren claramente identificables los asientos contradictorios cancelables), el problema que aquí se suscita es el referente al diferente juego que tiene el principio de prioridad en el Registro Mercantil en relación con los Registros de bienes.

Y es que la contradicción o conflicto entre títulos inscribibles debe salvarse en aplicación de las normas materiales o sustantivas de eficacia y validez de actos jurídicos y no mediante recurso automático al remedio de la prioridad registral «importada» de la dogmática del Registro de bienes. A este respecto, según doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 26 de febrero de 2001, 5 de junio de 2012, 28 de agosto de 2013, 31 de enero de 2014, 12 de septiembre de 2016 y 29 de enero de 2018) relativas a calificación de títulos contradictorios, resulta que «no cabe una traslación mecánica de los principios registrales que juegan en el registro de bienes prototípico como es el Registro de la Propiedad en el registro de personas que es nuestro Registro Mercantil. Aunque el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación del Principio de Prioridad, formulación que no aparece a nivel legal, su aplicación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y de legitimación tienen su fuente en la Ley (en el Código de Comercio)». Por otro lado, la Resolución de 29 de enero de 2018 indica que: «el Reglamento del Registro Mercantil contempla tanto la mera anotación preventiva de demanda como aquella en la que, además, se acuerda la suspensión de los acuerdos impugnados (*vid.* arts. 155 a 157). Como reiteradamente ha afirmado la Dirección General (Resoluciones de 8 de noviembre de 1995, 22 de febrero de 1999 y 15 de febrero de 2001, entre otras), a diferencia de la anotación preventiva de demanda cuya eficacia se limita a garantizar la inscripción de la resolución que se adopte en perjuicio de eventuales terceros (*vid.* art. 156.2 del Reglamento y Resolución de 30 de mayo de 2013), la anotación que contiene orden de suspensión cierra el Registro a cualquier pretensión de inscripción de los acuerdos suspendidos o de los que de ellos traigan causa. La eficacia de la anotación no solo se proyecta hacia adelante, hacia los asientos que se puedan producir con posterioridad, sino que también impide, para el caso de que los acuerdos suspendidos hayan llegado a inscribirse, que acceda a los libros del Registro cualquier acto del que deriven». Y más adelante, añade que «para la publicidad de la resolución judicial que adopta la medida cautelar y para asegurar que cumpla su función no es exigible que queden cumplidos los habituales requisitos de tracto sucesivo o prioridad respecto del acuerdo cuestionado pero adoptado y aun no inscrito». Consecuentemente, se acuerda

estimar el recurso y revocar la nota de calificación en los términos resultantes de la argumentación señalada.

Resolución de 22-10-2020.
BOE 6-11-2020
Registro Mercantil de Alicante.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL POR ADMINISTRADOR MANCOMUNADO RESTANTE: ES POSIBLE PREVER EL CAMBIO DE ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

SE REVOCA. Se debate en el presente recurso si se puede inscribir el acuerdo social relativo al cambio de estructura del órgano de administración de una sociedad, en favor de administración única, adoptado en junta general convocada al efecto por el único administrador mancomunado existente, ante el fallecimiento del otro.

Cabe que la junta general, a convocatoria del administrador mancomunado que permanece en el ejercicio del cargo, aun cuando no figure este extremo en el orden del día, pueda nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, dada la necesidad de convocatoria conjunta, pero no podrá cambiar la estructura del órgano de administración; si bien ese pretendido cambio de sistema de administración sí puede aprobarse en una junta que el administrador mancomunado que queda puede convocar con ese objeto (*vid.* art. 171, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital).

Esto es lo que ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, donde sí ha habido adecuada información a los socios, a través de la fijación del asunto del cambio de la estructura del órgano de administración en el orden del día. Los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo puedan convocar la junta general para el nombramiento de administradores, incluso sin figurar en el orden del día, con ese único objeto (con la finalidad de evitar la paralización de la compañía), de manera que una vez cubierta la vacante del administrador fallecido puedan ya convocar conforme a las reglas generales un orden del día más amplio, no debe impedir que, cumpliendo los requisitos generales de convocatoria y respetando el derecho información a través de la fijación del orden del día, pueda adoptarse el cambio de estructura del órgano de administración a favor del sistema de administrador único, cuando lo que se pretende es precisamente no suplir la vacante.

Resolución de 22-10-2020.
BOE 6-11-2020
Registro Mercantil de Alicante.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL POR ADMINISTRADOR MANCOMUNADO RESTANTE: ES POSIBLE PREVER EL CAMBIO DE ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

SE REVOCA. Se debate en el presente recurso si se puede inscribir el acuerdo social relativo al cambio de estructura del órgano de administración de una sociedad, en favor de administración única, adoptado en junta general convocada

al efecto por el único administrador mancomunado existente, ante el fallecimiento del otro.

Cabe que la junta general, a convocatoria del administrador mancomunado que permanece en el ejercicio del cargo, aun cuando no figure este extremo en el orden del día, pueda nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, dada la necesidad de convocatoria conjunta, pero no podrá cambiar la estructura del órgano de administración; si bien ese pretendido cambio de sistema de administración sí puede aprobarse en una junta que el administrador mancomunado que queda puede convocar con ese objeto (*vid.* art. 171, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital).

Esto es lo que ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, donde sí ha habido adecuada información a los socios, a través de la fijación del asunto del cambio de la estructura del órgano de administración en el orden del día. Los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo puedan convocar la junta general para el nombramiento de administradores, incluso sin figurar en el orden del día, con ese único objeto (con la finalidad de evitar la paralización de la compañía), de manera que una vez cubierta la vacante del administrador fallecido puedan ya convocar conforme a las reglas generales un orden del día más amplio, no debe impedir que, cumpliendo los requisitos generales de convocatoria y respetando el derecho información a través de la fijación del orden del día, pueda adoptarse el cambio de estructura del órgano de administración a favor del sistema de administrador único, cuando lo que se pretende es precisamente no suplir la vacante.

Resolución de 23-10-2020.

BOE 6-11-2020

Registro Mercantil de Navarra.

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL DEFECTUOSA: CONVALIDACIÓN AL HABERSE CONSENTIDO SU CELEBRACIÓN SIN OPOSICIÓN INICIAL. JUNTA MAL CONVOCADA NO IMPUGNABLE POR PRINCIPIOS DE LA BUENA FE Y DE CONGRUENCIA DE LOS ACTOS PROPIOS.

SE REVOCA. La cuestión planteada por el recurso está referida a la convocatoria de la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, hecha solo por dos de sus tres administradores mancomunados. En dicha junta se acuerda cesar a una de las administradoras (asunto no incluido inicialmente en el orden del día), quedando dos administradores que convocan posteriormente una nueva junta donde se cambia el sistema de gobierno para pasar a un administrador único. Los acuerdos de ambas juntas se elevan a público por este administrador en la misma escritura pública. La calificación negativa del registrador descansa en que la junta fue mal convocada, al no haberse hecho por los tres administradores mancomunados conjuntamente. A esto opone la sociedad en su recurso, que realmente la convocatoria se hizo bien, pues la previsión estatutaria de actuación conjunta por solo dos de los administradores no estaría limitada a la representación externa de la sociedad, siendo también aplicable en el ámbito interno, y más específicamente a la convocatoria de junta. De todos modos, sostiene en su recurso que el eventual defecto habría quedado subsanado, tanto por la asistencia a la reunión —por medio de representante— de la socia y administradora que no suscribió la convocatoria, como por la actitud que aquel mantuvo a lo largo de la

misma, al no oponerse a la celebración de la junta por ese motivo, sin perjuicio de anunciar su intención de impugnarla, pero por otro defecto, en el que no se funda la calificación. Asimismo, el recurso destaca que esta socia ha ejercitado el derecho de separación que la sociedad le reconoció por razón de uno de los acuerdos adoptados en la primera reunión, lo que supondría, de hecho, no solo admitir implícitamente la validez de la reunión donde se tomó ese acuerdo, también querer aprovecharse explícitamente de sus efectos.

Aunque la junta no sea universal, —por no haber sido subsanada el defecto de la convocatoria ni por el órgano de administración ni por la actitud de los socios—, existe una nutrida línea jurisprudencial, sobre la base de los principios de buena fe y de congruencia con los actos propios, que había venido negando la legitimación para impugnar los acuerdos a los socios que, sin haber hecho la oportuna denuncia al abrirse la sesión, consintieran la celebración de la junta. Según Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2010 cuando todos los socios se encuentren en idéntica situación, el resultado viene a ser en la práctica una especie de convalidación de la junta defectuosamente convocada, aunque solo sea porque tiene lugar una pérdida generalizada de aquella legitimación activa, hablándose en ocasiones impropia de una junta universal. Por otro lado, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, dispone que la pérdida de la legitimación para impugnar de quien, habiendo tenido la ocasión de denunciar en el momento oportuno los defectos de forma en el «proceso de adopción del acuerdo», no lo hubiera hecho (art. 206.5 LSC).

Dicho lo anterior, en el presente caso la junta se desarrolla sin hacerse cuestión de la regularidad de su convocatoria, pues no resulta del acta la oposición del socio a su celebración por tal motivo, sobre todo después de que el presidente proclamara su válida constitución, pues expresamente se recoge en el acta que ningún asistente «presenta protesta o reserva alguna», lo que permite entender que la oportunidad de hacerlo se les ofreció (no debemos olvidar que el acta se aprueba y firma por los dos socios y el representante de la otra). Tampoco en la posterior junta de 18 de noviembre de 2019 el representante de la socia plantea reparo alguno por razón de la convocatoria, aunque la validez de la misma dependiera del previo cese de la misma como administradora en la junta de octubre.

Con independencia de ello, pero en la misma línea, la socia da muestras de aceptar la validez de aquella junta, desde el momento en que hace uso del derecho de separación, que claramente le correspondía —y la sociedad le reconoce— al haberse modificado el régimen de transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales (art. 346.2 LSC).

Resolución de 23-10-2020.

BOE 6-11-2020

Registro Mercantil de Toledo.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: NECESARIA IDENTIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS ASISTENTES A LA REUNIÓN (ART. 97 RRM).

SE CONFIRMA. Mediante escritura autorizada ante el notario se procede a formalizar un apoderamiento acordado por el Consejo de Administración una SL.

La única cuestión objeto de recurso es la referida la omisión de la identidad de los consejeros concurrentes a la sesión en la certificación de los acuerdos for-

malizados, limitándose a señalar que «concurrieron la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, de acuerdo con la Lista de Asistentes que figura al comienzo de la propia Acta».

Alega el recurrente que la relación de consejeros asistentes encuentra sentido cuando solo concurren parte de ellos, pero no cuando se hace constar que han asistido todos.

El recurso no puede prosperar porque lo que persigue el requisito debatido es comprobar que quienes hayan concurrido son consejeros, se encuentran inscritos y son suficientes para la válida constitución del órgano, esa cualidad expresiva no es predicable de una simple indicación sobre la asistencia y a de todos los consejeros, pues deja sin identificar a los integrantes del colectivo.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?*

Covid-19: measures adopted with regard to minors. Limiting the exercise of the homeland potesty?

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Las funciones de la *institución de la patria potestad* han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, así como en los posteriores periodos de confinamiento instaurados para intentar prevenir el virus. Para la resolución de los conflictos se ha tenido en cuenta el *interés superior del menor, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas*. La declaración del estado de alarma no legitimó el incumplimiento de resoluciones judiciales. Con la obligatoriedad de presencialidad en los centros escolares de los menores han surgido nuevos problemas como los que se plantean cuando hay un problema de salud grave de un conviviente del menor, pues debería valorarse el caso por las autoridades educativas a fin de ser eximido de acudir al colegio. La cuestión reside en que no existe en nuestro país una regulación alternativa a la presencialidad que sí ofrecen en otros países como es el *homeschooling*.

* 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 formo parte.

ABSTRACT: The functions of the institution of parental authority have been in effect throughout the state of alarm decreed by the Government, as well as in the subsequent periods of confinement established to try to prevent the virus. For the resolution of conflicts, the best interests of the minor have been taken into account, in order to avoid harmful disturbances to the children in cases of change of the holder of the custody power or to avoid damages in their family environment or against third parties people. The declaration of the state of alarm did not legitimize the failure to comply with judicial decisions. With the mandatory presence in the schools of minors, new problems have arisen such as those that arise when there is a serious health problem of a partner of the minor, since the case should be assessed by the educational authorities in order to be exempted from attending to school. The question is that in our country there is no alternative regulation to the presence that they do offer in other countries, such as homeschooling.

PALABRAS CLAVE: Covid-19. Menores. Patria potestad. Guarda y custodia. Derecho de visitas. Absentismo escolar. Abuelos. Parientes. Allegados.

KEY WORDS: Covid-19. Minors Custody. Guard and custody. Right of visits. Truancy. Grandparents. Family members. Relatives.

SUMARIO: I. PROBLEMAS SURGIDOS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES EXCEPCIONALES (*ESTADO DE ALARMA, DESESCALADA, NUEVA NORMALIDAD, CONFINAMIENTOS, ESTADO DE ALARMA II...*).—II. SITUACIÓN ACTUAL: PONDERACIÓN DE DERECHOS Y LA CONVIVENCIA CON EL VIRUS.—III. PATRIA POTESTAD: 1. POSIBLES PROBLEMAS EN TORNO A LA GUARDA Y CUSTODIA. 2. CUSTODIA ÚNICA A FAVOR DE UN PROGENITOR. 3. DERECHO DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO. 4. VISITAS EN EL PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR. 5. EL DERECHO DE VISITAS DE ABUELOS, Y EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES CON FAMILIARES O, CON ALLEGADOS. 6. PENSIÓN ALIMENTICIA.—IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y EL ABSENTISMO ESCOLAR: 1. PONDERACIÓN DE DERECHOS. 2. PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL: LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A LOS NIÑOS A CLASES PRESENCIALES. 3. ABSENTISMO Y DERECHO A LA SALUD. 4. ABSENTISMO Y DESAMPARO.—V. ¿LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD?—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA.

I. PROBLEMAS SURGIDOS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES EXCEPCIONALES (*ESTADO DE ALARMA, DESESCALADA, NUEVA NORMALIDAD, CONFINAMIENTOS, ESTADO DE ALARMA II...*)

El pasado 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma en España para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Entre las medidas adoptadas se establece que durante la vigencia del estado de alarma, las personas solamente podrían circular de manera individual por las vías de uso público para la realización de determinadas actividades, *excepto, entre otras causas, cuando fuera necesario acompañar a mayores, menores, personas con discapacidad o por causas justificadas* (art. 7 RD 463/2020, de 14 de marzo)¹.

Con fecha 20 de marzo de 2020 la Comisión Permanente del CGPJ emitió un Informe en el que establecía que, siempre que *no haya acuerdo entre los progenitores*, corresponderá a *cada Juez decidir en el caso concreto sobre la modificación del régimen de custodia, de visitas y de estancias acordados en los procedimientos de Familia*: «El órgano de gobierno de los jueces señala que las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias». También señala que las Juntas sectoriales de jueces pueden adoptar acuerdos para unificar criterios y establecer pautas de actuación conjuntas².

Posteriormente se publicaron diversas normas³ de reactivación del ejercicio de las libertades ciudadanas, reanudación de servicios públicos y de actividades económicas, que fue lo que se denominó, «desescalada» en la que hubo diversas fases. Pero a pesar de todas las precauciones hubo un repunte de los contagios a partir del mes de julio que han finalizado en la llamada segunda ola de pandemia con los consiguientes confinamientos: primero en edificios, luego en barrios (Vallecas...), pueblos (Iscar, Móstoles, Fuenlabrada...), en capitales (Madrid, Palencia, León, Salamanca,...) que han supuesto una restricción a la movilidad de nuevo. Ahora nos encontramos en el segundo estado de alarma gestionado individualmente por cada comunidad autónoma, pero previsiblemente habrá más olas o picos de pandemia... y tendremos que ir solventando nuevos problemas derivados de nuevas situaciones.

Esta situación tan excepcional ha ocasionado cambios y han hecho surgir cuestiones nuevas en torno al ejercicio de la patria potestad, que han tenido más importancia según el momento (por ejemplo, durante el inicio del estado de alarma los problemas se suscitaron en torno a los supuestos de *custodia compartida*, visitas, estancias...; y, en lo que se consideró la nueva normalidad y el segundo estado de alarma, los problemas han surgido frente a un previsible *absentismo escolar* de los menores obligados a acudir a los centros escolares estando presente, y a diversas escalas según el lugar de residencia, los brotes de contagio). Problemas que en principio pudiera parecer que suponían una limitación al ejercicio de la patria potestad pero que como vamos a ver seguidamente no hay tal limitación.

Como siempre habrá muchos progenitores que vean en esta situación de pandemia el campo propicio para avivar sus enfrentamientos...

Por último, debemos tener presente siempre que la máxima jurídica que impera en todos los supuestos será el *interés superior del menor*.

II. SITUACIÓN ACTUAL: PONDERACIÓN DE DERECHOS Y LA CONVIVENCIA CON EL VIRUS

En este estado de cosas, se ha iniciado la «nueva normalidad» con confinamientos temporales, dentro del marco general del segundo estado de alarma, teniendo en cuenta una serie de prevenciones a fin de evitar el virus, porque se sabe científicamente que:

- La pluralidad de personas en un espacio cerrado supone un riesgo de expansión del virus.
- El contagio de menores en centros escolares implica, con gran probabilidad, el de aquellas personas que con él convivan.
- Los menores pueden contagiarse en sus domicilios familiares y a su vez, si son asintomáticos, contagiar a familiares amigos y alumnos del centro escolar...
- La reducción de la vida social y las distancias han sido útiles para combatir la epidemia.

Además, en esta situación continuada de *estado de alarma, confinamientos locales, restricciones, toque de queda...* ha traído una serie de normas con gran impacto económico que han influido negativamente en la *economía de los hogares*.

En el caso de *absentismo escolar*, que estudiaremos al final de este breve estudio, desde el punto de vista de los propios menores, prorrogar la ausencia presencial al colegio les afectará muy negativamente a nivel de sus relaciones y de su futuro académico y profesional.

Ante estas circunstancias debe *buscarse un equilibrio* y solventar los problemas realizando una *ponderación de derecho*⁴.

III. PATRIA POTESTAD

Partimos de la obviedad de que en ningún momento se ha modificado la institución de la patria potestad, lo que significa que sus funciones han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, y tampoco se ve afectada por los diferentes periodos de confinamiento que sucesivamente se van imponiendo en los diferentes territorios según se originen repuntes o diversas oleadas de pandemia.

Esto significa, por ejemplo, que en el caso de que el menor enfermara a consecuencia del virus y requiriese su ingreso hospitalario, la asistencia de los progenitores en su cuidado debe ser compartido y no en función de que uno de ellos sea el progenitor custodio, eso siempre respetando las normas del centro hospitalario (pues evidentemente si han compartido domicilio puede que el custodio esté también contagiado y deba estar confinado en su domicilio).

La suspensión de las clases en los colegios, y posteriormente, la posibilidad de confinamiento en los domicilios consecuencia de que un miembro familiar esté contagiado implica la obligatoriedad de recibir las clases *on line* en un primer momento, o de realizar las tareas escolares que se le indiquen. En ambos casos los progenitores deberán velar porque los menores sigan su formación escolar, independientemente de si la custodia es de ambos o de uno solo de ellos.

1. POSIBLES PROBLEMAS EN TORNO A LA GUARDA Y CUSTODIA

En el supuesto de que los progenitores estuvieran divorciados o separados, y la custodia se hubiera ya adjudicado podemos encontrarnos ante diversos supuestos problemáticos.

En el caso de que la *custodia sea compartida* y los *progenitores residan en la misma ciudad* durante el estado de alarma, las diversas juntas de jueces de familia concretaron que se continuase tal régimen. Y ello porque el propio RD

463/2020, de 14 de marzo, posibilitaba dicha continuidad al indicar que «Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: e) Asistencia y cuidado a mayores, *menores...*».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona, cuya titular es Eva María ATARES GARCÍA, se ha encontrado en varias ocasiones con tener que decidir sobre cuestiones relativas a la *custodia compartida* y su modificación por el virus que nos asola⁵.

Tanto en el Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, donde la madre *solicitó permiso para recoger a su hija del domicilio de los abuelos paternos*, donde estaba viviendo desde que el padre se encontraba en cuarentena por presentar síntomas de contagio de COVID-19, como en el Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, en ambos supuestos, se denegó la autorización solicitada.

En el primer caso, porque la situación de la menor, en compañía de sus abuelos paternos, *no generaba ningún riesgo inmediato y urgente* para su seguridad o salud, más allá del nerviosismo o incomodidad que la situación generaba en todos los ciudadanos. Por ello se dictaminó que el cambio de guarda se realizara conforme a lo establecido en la sentencia de divorcio y continuara hasta que el padre superase el periodo de cuarentena y/o la enfermedad, quedando en suspenso el régimen de guarda compartida.

En el caso del segundo Auto señalado, la solicitud de autorización también se formuló por la madre para la suspensión cautelar de *la rotación de los turnos de custodia compartida entre ambos progenitores mientras durase el estado de alarma*, acordándose que los hijos permanecieran en el domicilio materno. La juzgadora entendió que al no quedar acreditada ni *la existencia de una situación de riesgo para los menores*, derivada de la continuación del régimen de guardia y custodia en los términos establecidos judicialmente, ni que las apreciaciones subjetivas de la madre *sobre la mayor adecuación de su domicilio, o la mayor protección de los menores frente al contagio si permaneciesen con ella*, no se apoyaba en elementos objetivos, y por consiguiente no indicaba la necesidad de cambio de turno en la custodia compartida.

En el Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020⁶, el padre solicitó el cumplimiento por la madre de la sentencia de divorcio en cuanto al régimen de estancias de los hijos en custodia compartida, dada la negativa de la madre a entregárselos. La magistrada también desestimó la solicitud dado que la situación de los menores en compañía de la madre *no les generaba un riesgo inmediato y urgente para su seguridad o salud*, y por tanto no cabía dar trámite a la demanda de ejecución⁷. Se falló finalmente en el sentido de que la declaración del estado de alarma no legitimaba el incumplimiento de resoluciones judiciales, tal y como se indicó en el acuerdo de 24 de marzo de 2020, y debía continuarse con el régimen de guarda en los mismos términos establecidos en la sentencia de divorcio. No cabe, por tanto, ni que la madre se niegue a entregar a los menores al padre utilizando el acuerdo de los jueces de familia como argumento, ni establecer una «compensación» por los días perdidos.

En el supuesto de que ambos progenitores *residan en ciudades distintas* si se ha acordado la custodia compartida, se sigue aplicando la misma regla. La única excepción se produciría en el caso de confinamiento por elevado número de contagios aun dentro de la misma capital por barrios (como ha sucedido a primeros de octubre en Madrid) o entre diversas localidades de la propia comunidad autónoma, donde no se permite la salida de personas de la ciudad. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, y la posibilidad de contagio

podría acordarse que el régimen de custodia compartida quedase en suspenso hasta tanto se levantasen las medidas de confinamiento obligatorio, pero solo si hubiese peligro real de contagio.

En relación con los *lugares de intercambio* se plantean diversas cuestiones:

Si se ha acordado que sea el *centro escolar*: En el caso de que esté cerrado como ocurrió durante el estado de alarma... o que la clase del menor esté confinada por haberse dado el caso de algún contagiado, la entrega del menor se hará lógicamente en el domicilio del progenitor con el que inicia el periodo de estancia.

Si estamos ante una *custodia compartida donde se utiliza la vivienda que es el domicilio familiar como casa nido* se hará como siempre, accediendo el progenitor que inicia la custodia al domicilio teniendo en cuenta la adopción de las medidas higiénico-sanitarias pertinentes...

En caso de *confinamiento* (al igual que ocurrió en el caso del estado de alarma) los progenitores deberán llevar la sentencia judicial o el convenio regulador para exhibirlo a la policía como acreditación de la necesidad del desplazamiento para ocuparse de los hijos en el turno establecido.

Si el menor convive con los *abuelos (de avanzada edad)* a fin de evitar que se contagien, pues el menor puede ser asintomático, o si *uno de los progenitores trabaja en un centro hospitalario teniendo un alto riesgo de contagio*, el progenitor que esté libre de cuestiones de riesgo deberá, en función del interés superior del menor, de hacerse cargo de él. Y, en el caso de que el otro progenitor no quiera hacerse cargo del menor, el progenitor que tiene el impedimento deberá buscar a un familiar o allegado apto para hacerse cargo provisionalmente del menor.

Este supuesto planteado es el caso del Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020⁸, donde se plantea que el progenitor y su pareja, que también desempeña labores en el ámbito sanitario, implica que el menor se encuentra expuesto a una mayor probabilidad de contagio, y dado que la progenitora se encontraba de baja maternal propuso al progenitor *suspender temporalmente la guardia y custodia compartida*, compensando tales días una vez se hubiera levantado el estado de alarma. El progenitor se negó a dicha solicitud, manifestando que: trabaja en una unidad que trata únicamente casos sospechosos, que la unidad se encuentra al 40% de ocupación, que cuenta con material suficiente de protección, que la familia extrema las medidas higiénicas, que se sometió a un test cuyo resultado fue negativo, que su pareja es médico en atención primaria, que la madre también ha estado expuesta al Covid en tanto médico radiólogo, que el marido de la progenitora también tiene la custodia compartida de otro menor que sí hace los intercambios de estancias.

No obstante, la Juzgadora consideró que es un hecho notorio que el personal sanitario se encuentra especialmente expuesto al riesgo de contagio, pues trata en su unidad a los pacientes con sospecha de Covid y aun contando con los equipos de protección individual se trata de un riesgo al que no está expuesta actualmente la progenitora ni su unidad familiar, teniendo en cuenta que el descanso maternal de la promotora del expediente se remonta al menos al 24 de febrero. El demandado acredita un test con resultado negativo de fecha 20 de marzo pero continúa expuesto al contagio en su puesto de trabajo.

Ante tales hechos probados y teniendo en cuenta el interés superior del menor, y, que su salud, queda salvaguardada en el domicilio materno, se accede a lo interesado y se acuerda la *suspensión provisional del régimen de custodia compartida del menor hasta el cese del estado de alarma y, como máximo, hasta el 3 de mayo*, fecha en la que finalizará la baja de la progenitora.

A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial la progenitora deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor. *Finalizada la suspensión provisional del régimen de custodia compartida, el progenitor deberá recuperar los periodos no disfrutados con su hijo.*

También hay que tener cuenta las *posibles afecciones de los padres por tener diversas patologías*. Si uno de los progenitores padece una patología (enfermedad cardiaca, diabetes...) que puede agravarse con el virus y el menor está conviviendo con él, se deberán adoptar todas las medidas de cuidado para respetar los tiempos de custodia acordados en su momento. Puede ocurrir que conviviendo con el progenitor que tenga la custodia en ese momento, haya otro conviviente o el propio progenitor o menor... que se infecte... en tales casos al tener que guardar cuarentena por estar infectado o por convivir con un infectado... deberá modificarse el turno de custodia lo que no obsta para que se facilite por medios telemáticos el contacto del hijo con el progenitor no custodio, pudiendo el progenitor recuperar el periodo no disfrutados con su hijo por la cuarentena *a posteriori*, como hemos visto en el ejemplo anterior.

En el caso de que el progenitor no contagiado se niegue a hacerse cargo del menor (por razones laborales, o porque en su vivienda convivan los abuelos, o personas que padezcan patologías que sean susceptibles de agravarse con el contagio por el COVID-19), o, en el caso de que los dos progenitores se contagien y requieran hospitalización... juega un papel importante tanto los *familiares* como los *allegados*; o en última instancia las *instituciones públicas de protección de menores*.

2. CUSTODIA ÚNICA A FAVOR DE UN PROGENITOR

En caso de que el progenitor custodio se vea afectado por el virus (al tener un carácter temporal, la enfermedad por covid) no cabe pensar en una solución a largo plazo como el cambio de custodia, aunque cabe la *modificación temporal de la custodia por acuerdo de las partes, o, con base en el artículo 158 del Código civil*.

3. DERECHO DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

Tanto durante el estado de alarma como en los posteriores y diversos momentos de confinamiento o de libertad de movimiento continúan pudiéndose ejercitar el régimen de visitas, todo ello teniendo en cuenta que los menores ya van al colegio, que no son inmunes a esta enfermedad y que el interés superior del menor requiere de la máxima cooperación y coordinación de los progenitores. Como vamos a ver, se suspenderán las visitas siempre que haya una situación de riesgo para el menor, o para los progenitores.

Así, en el Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020⁹, se acordó la *suspensión provisional del régimen de visitas* del menor hasta el cese del estado de alarma, que el *progenitor custodio* deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con la madre, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor, y que una vez *finalizada la suspensión provisional del régimen de visitas, la progenitora podrá recuperar los periodos no disfrutados con su hijo.*

En el Auto 90/2020 de 7 de abril de 2020, la jueza entendió que el demandante no concretó una situación de riesgo para los menores, por lo cual, su petición no se encuentra amparada por el artículo 158 del Código civil simplemente expone un incumplimiento del régimen de custodia y visitas acordado (si bien no se aporta resolución judicial alguna), supuesto que en su caso, daría lugar a un procedimiento de ejecución. Por ello no admite la solicitud de suspensión del régimen de visitas.

En cuanto a las visitas *intersemanales* y visitas *sin pernocta* en espacios públicos, en tiempos del estado de alarma quedarían suspendidas por la imposibilidad de utilización de los espacios públicos, no así en los momentos de confinamiento donde hay prohibición de movimiento pero están abiertos dentro de ciertas restricciones los centros comerciales, cines, restaurantes... Habrá que tener en cuenta las restricciones del momento.

Finalmente, las visitas en *periodos vacacionales* (próximas navidades, Semana Santa... verano...) los periodos de estancia previstos con cada progenitor deben cumplirse sin problemas.

4. VISITAS EN EL PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR

En principio los progenitores deberán contactar con el PEF donde deban llevar a sus hijos por ver si está o no cerrado (en el estado de alarma estaban todos cerrados... y durante los diversos confinamientos han estado abiertos, pero la situación puede cambiar en cualquier momento ante un contagio). Si están cerrados evidentemente la visita quedaría suspendida.

En el caso de que simplemente se señale el PEF como lugar de recogida y entrega del menor pueden los progenitores pactar otro lugar (abuelos, familiares...), incluso puede pactarse que sean terceras personas los encargados de llevar y traer a los hijos. Si los padres no se ponen de acuerdo, y sus abogados no pueden alcanzar un consenso, en la práctica el régimen de visitas se verá suspendido. En ese caso habría un incumplimiento del régimen de visitas que puede calificarse de doloso y por consiguiente sancionable por los tribunales.

Excepcionalmente, el régimen de visitas quedará en suspenso cuando el menor, o el progenitor no custodio esté infectado del virus o esté conviviendo con alguna persona afectada por la enfermedad.

5. EL DERECHO DE VISITAS DE ABUELOS, Y EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES CON FAMILIARES O CON ALLEGADOS

En estos casos, las soluciones cambian teniendo en cuenta que el virus ataca con mayor grado de afectación y virulencia a las personas mayores y las hace más vulnerables aún. En tales casos, haya confinamiento o no, deberían suspenderse las visitas por razones de salud salvo si las partes acuerdan su continuidad. Ante la falta de acuerdo debemos tener en cuenta que es una situación excepcional y deberán buscarse soluciones alternativas.

En cuando al derecho de relaciones personales con familiares y allegados, nada ha cambiado se pueden continuar manteniendo con las precauciones debidas y de acuerdo con lo que ya hemos expuesto.

6. PENSIÓN ALIMENTICIA

La realidad económica imperante va a traducirse en una crisis económica que puede originar una reducción de los ingresos de ciertos progenitores (autónomos dedicados a la hostelería... pérdidas de puestos de trabajo...). En tales casos puede que los progenitores acuerden la suspensión temporal del pago de la pensión... por ejemplo en los tiempos del estado de alarma ante estas circunstancias tan excepcionales... Y en todo caso, se podrá acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y EL ABSENTISMO ESCOLAR

1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y LA OBLIGACIÓN DE PRESENCIALIDAD ESCOLAR

La asistencia a los centros escolares de menores entre los 6 y los 16 años es obligatoria. La Constitución en su artículo 27.1 señala que todos tienen derecho a la educación, se reconoce la libertad de enseñanza y se garantizará por los poderes públicos, siendo su propósito principal el de lograr «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (27.2 CE).

No obstante, hay *tres excepciones* que justificarían la asistencia a clase en estas edades, como son la enfermedad, la estancia de los menores en el extranjero, o, la itinerancia de los padres. Fuera de estos supuestos, el absentismo prolongado (esto es, cuando el alumno pierde el 20% de las clases) puede originar la retirada de la patria potestad a los padres y con penas de cárcel de hasta seis años por abandono de la familia en los casos más extremos. Evidentemente esta normativa está pensada para absentismos en situaciones normales y no en las circunstancias excepcionales de covid-19.

Ante esta situación y la obligatoriedad por las instituciones públicas (y consiguientemente, de los centros escolares) de la presencialidad en las clases, a inicio de curso (septiembre 2020), progenitores de menores en edad de escolarización obligatoria manifestaron su intención de no llevar o no permitir que acudieran a las clases presenciales, alegando la insuficiencia de las medidas higiénico-sanitarias preventivas adoptadas.

Los *derechos del menor (de)limitan necesariamente el ejercicio de la patria potestad y obligan a una ponderación de todos ellos atendiendo a las concretas circunstancias.* Esta afirmación implica que los derechos del niño deben analizarse en torno a su obligación de acudir al centro escolar. No llevar al niño al colegio por miedo al contagio no parece ser, por sí sola, una razón suficiente para privar al niño de su derecho fundamental a la educación¹⁰.

En resumen, en tiempos de pandemia mundial colisionan, por un lado, el *derecho a la educación del menor* (porque el derecho a la educación es del niño, no de los padres); y, el *derecho-deber derivado de la patria potestad de los padres de cuidar de sus hijos.* Todo ello desde la premisa de que en nuestro país la educación se configura únicamente como enseñanza presencial.

Por ello, desde la *Fiscalía de Menor*¹¹ se hizo público el criterio para unificar las actuaciones respecto al absentismo escolar y se avisó de que se iniciarían diligencias penales de investigación «contra los padres o tutores que presun-

tamente hayan infringido los deberes inherentes a la patria potestad en este ámbito». Especificó que se iniciará únicamente «en aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado». También que los colegios deben avisar a las Comisiones Locales o Provinciales de absentismo si detectan casos y que estas deberán remitir copia de sus expedientes a la Fiscalía «solo en los casos de repetida y no justificada asistencia a clase».

Y concretó... que «Solo aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado (...) motivarán que el Ministerio Fiscal prosiga sus diligencias a efectos de ejercitar la acción penal». Frente a las posiciones de los padres temerosos o insumisos que mantenían argumentos contrarios... (padres que incluso han utilizado el límite de días máximo para no llevar a los niños al colegio... sin traspasarlos...).

Cada comunidad autónoma ha establecido los criterios a seguir a través de instrucciones a los centros educativos con los protocolos de seguridad diseñados para esta situación tan especial... y, ...también han exigido la «obligación ineludible» de la asistencia presencial del alumnado. La nota de la Fiscalía incide en que «los centros educativos, cuando detecten casos de *inasistencia voluntaria e injustificada a las aulas, serán los encargados de comunicar*» estos incumplimientos. Los colegios, pegados al terreno y conocedores de las circunstancias de sus alumnos y sus familias, serán quienes deban tener en cuenta cada caso personal antes de decidir si está justificado o no que un alumno no acuda al centro.

Nos interesa destacar que se les hace *responsables* a los centros educativos de detectar el absentismo, (no solo de activar el protocolo cuando el alumno no acude al centro, como en situaciones de no pandemia), sino también deberán valorar *si la situación personal o familiar justifica la ausencia*.

Otra cuestión que puede plantearse gira en torno a la *pérdida de plaza en el colegio ante una ausencia reiterada*. La respuesta en este caso es negativa precisamente por la existencia del derecho constitucional a la educación del que es titular el menor.

2. PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL: LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A LOS NIÑOS A CLASES PRESENCIALES

Y en este estado de cosas nos encontramos la primera decisión judicial al respecto, el Auto de 10 de septiembre de 2020, donde la magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 10 de León, Mónica RAMÍREZ, celebró una vista con la presencia de ambos progenitores y de un representante de la Fiscalía para resolver un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad relativa a la asistencia presencial al centro escolar del menor, hijo de ambas partes¹².

El padre quería que el menor fuera a clase, es profesor en el centro donde está escolarizado el niño. La madre, que quería que se quedara en casa, es profesora en otro colegio y cuenta con el apoyo de los abuelos maternos (la abuela materna regenta un local de hostelería bar-tienda de pueblo que ha estado abierto este verano).

La jueza entiende tras analizar las circunstancias del niño —de 5 años, sociable y sano (sin problemas médicos) que ha estado socializado en verano, ha estado en contacto con sus primos y se ha relacionado con familiares de Madrid y Barcelona, participando en cumpleaños y reuniones familiares— y las del centro escolar —donde las autoridades de Sanidad y Educación han establecido unos

protocolos que en este caso se cumplen—, otorgar la razón al padre y establecer la obligatoriedad de asistencia del menor al colegio.

Falló teniendo en cuenta que actuaba en interés del menor porque el derecho a la educación es del menor, no del padre ni de la madre. Un niño a esa edad más que aprender va al colegio a socializarse y eso no puede hacerse con la madre y los abuelos maternos, los cuales atendiendo a las circunstancias expuestas no están exentos del riesgo de contagio de la enfermedad. Además, tuvo en cuenta que «en estos momentos no se puede vislumbrar la duración de esta situación (del Covid-19), pero puede alargarse uno o dos años».

3. ABSENTISMO Y DERECHO A LA SALUD

En este estado de cosas, surge el siguiente supuesto real, que nos hace analizar el problema desde otra realidad: Virginia (47) sufre *esclerosis múltiple* y, por su enfermedad y el tratamiento que está recibiendo en la actualidad, desde que irrumpió la pandemia ha limitado al máximo sus contactos y relaciones. En septiembre decidió que su hijo de 10 años estudiase en casa, y lucha porque le evalúen en el centro en el que está escolarizado, pero en el colegio aseguran que *sin ir es imposible*. La familia ha tenido un cuidado extremo en su vida social (sin ir a terrazas, sin juntarme con gente incluso de familia, no invitando a nadie ni a niños a casa...).

Como ya hemos visto el simple miedo al contagio por COVID *no exime* a una familia de escolarizar a su hijo pero en un informe que la Abogacía del Estado remitió a Educación¹³ en septiembre *sí se abre la puerta a la posibilidad de que un niño no vaya a clase si convive con una persona vulnerable y se justifica adecuadamente. Algo que deben valorar caso por caso las autoridades educativas.*

En el centro escolar del menor hacen ver que además del aprendizaje el aspecto relacional es muy importante para el desarrollo de un niño y aseguran que salvo que reciban una instrucción en otro sentido de la Consejería de Educación, *no podrán evaluar al niño como reclama la familia porque sin esa presencialidad es imposible comprobar la adquisición de competencias*. Sin embargo, desde el colegio reciben de la tutora unas orientaciones sobre el programa y la madre se encarga de dar la clase al menor en casa.

Por otro lado, como la ley establece como *deber ineludible de la patria potestad educar a los hijos y proporcionarles una formación integral* podría buscarse una educación alternativa: los padres podrían proporcionarles educación conforme a los *temarios oficiales en casa* (homeschooling). Incluso los padres podrían exigir a los centros la educación *on line*... O, a distancia con un seguimiento (como en los meses de marzo a junio); o exigirles que cumplan con las medidas sanitarias y de seguridad establecidas por las administraciones. En este caso el problema reside en que España no ha regulado de manera adecuada alternativas que sí se ofrecen en otros países como es el *homeschooling*¹⁴.

4. ABSENTISMO Y DESAMPARO

La causa principal o única de las declaraciones de desamparo judicialmente se centran en la falta de sustento material y moral, pero es común que la legislación autonómica expresamente considere *la ausencia de escolarización obligatoria habitual de los menores* como situaciones en las que apreciarán, en todo caso, el *desamparo*.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales exige algo más que la mera *inassistencia a clase de los menores*, requiriendo que se constaten efectos apreciables en el desarrollo personal, para la declaración de desamparo¹⁵. Aunque hay supuestos en que se mantiene la inexistencia del desamparo pese a acreditarse el *absentismo e incluso la escolarización*, entendida esta como la matriculación y adscripción del menor a un centro educativo en edad obligatoria¹⁶.

La respuesta gira en torno a *si el absentismo escolar considerado aisladamente es motivo de desamparo*. El planteamiento de las situaciones de desamparo en casos de absentismo en los que los padres se amparan únicamente en el riesgo de contagio del COVID-19 se circunscribe a supuestos «de laboratorio».

En conclusión, es difícil pensar que las ausencias motivadas por el miedo al contagio vayan a convertirse en corto plazo en motivo aislado de procesos penales o declaraciones de desamparo. Para que el absentismo escolar pueda desencadenar esa clase de repercusiones debe ser *prolongado en el tiempo*. Eso implicaría que las divergencias entre los padres asustados, que no llevan o se oponen a que sus hijos acudan a clase, y las autoridades educativas, que deciden abrir o cerrar las aulas, han sido en la mayoría de los *casos transitorias*.

V. ¿LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD?

La patria potestad no es una institución con un carácter absoluto, sino que integra un conjunto de derechos-deberes que están sujetos a límites, explícitos o no. Está restringida por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad, y esto es lo que ha ocurrido con esta situación de pandemia mundial.

Los caracteres propios de la figura se basan en que la actuación de los padres debe respetar siempre el *interés del menor*, que su ejercicio corresponde a ambos progenitores y que el Ministerio Fiscal tiene como misión salvaguardar el interés del menor en los procesos judiciales.

Pero, tras todo lo expuesto, debemos cuestionarnos y concretar si el *poder público ha limitado los derechos derivados de la patria potestad o simplemente son efectos de lo regulado por la propia normativa derivada de la situación excepcional* y de las circunstancias que se están produciendo...

Cabe preguntarse si se ha garantizado la no vulneración de los derechos derivados de la patria potestad... Entiendo que sí, y ello porque hay un principio básico, el del *interés superior del menor*, de fácil comprensión por todos los que giran alrededor del mismo: padres, abuelos, familiares, allegados, y por otro lado, poder público (Estado... y organismos que han aplicado todo lo relativo a su regulación... —desde un primer momento se ha velado por los colectivos vulnerables entre los que se encontraban los menores— CGPJ, junta de jueces, jueces aplicadores del Derecho... como hemos recogido en este texto...).

Por ejemplo, el progenitor custodio o en el caso de custodia compartida el que tiene la guarda... no limita voluntariamente los derechos del otro progenitor evitando su participación en la vida del menor en estos momentos... como hemos visto en las decisiones de las juntas de jueces por autonomías, y de las sentencias concretas de los juzgados que han resuelto varios supuestos... ha supuesto siempre una *suspensión temporal* consecuencia de las propias circunstancias imprevisibles que han ido surgiendo... Suspensión temporal recuperable *a posteriori*... y suspensión que estaba paliada por la comunicación menor —progenitor a través de los diferentes medios informáticos existentes.

Lo que evidentemente en ningún momento se ha producido es la suspensión de la patria potestad...

La situación cambia en relación con el específico supuesto de *absentismo escolar* tras establecerse desde septiembre la necesaria presencialidad de los menores en los colegios, tras varios meses (marzo a junio) de posibilitar la enseñanza *on line* precisamente por el estado de alarma decretado por el ejecutivo.

Evidentemente no estamos hablando de los supuestos de absentismo producto del desamparo de menores. Casos que durante años se han estudiado siempre en función del interés del menor. Tampoco hablamos de aquellos casos de absentismo producto de los miedos al contagio o de la desconfianza de los padres a las medidas higienico-sanitarias... que se *apagaron* durante el primer mes de inicio de las clases, cuando todo se «normalizó».

Nos referimos, a aquellos casos concretos en los que está en riesgo muy alto el derecho a la salud de un conviviente y el absentismo es fruto del miedo al peligro real, y no meramente probable ni incluso previsible, de tener consecuencias graves incluso de muerte tras el contagio. Supuesto en donde el absentismo escolar está paliado con clases y seguimiento del temario escolar.

Aquí sí se produce además de una limitación al ejercicio de la patria potestad, una limitación al derecho a la educación del menor en casa en circunstancias especiales y agravadas por la falta de normativa. Nos referimos al *homeschooling*.

Podríamos finalizar este pequeño estudio indicando que cuanto menos resulta sorprendente que se acuda a razones sanitarias para modificar, teniendo en cuenta el interés superior del menor, las medidas judiciales previamente establecidas (por ejemplo, en supuestos de custodia compartida cuando el menor está a cargo de su madre médico de pacientes con COVID cuya estancia se alarga en casa del progenitor a quien no correspondería su custodia). Y, precisamente, en los casos de cierto absentismo escolar (no presencialidad) pero seguimiento del programa en casa... no se le quiera examinar porque no hay una ley que prevea tales supuestos, cuando alguno de sus convivientes son pacientes de riesgo en caso de ser contagiados de COVID. Esto es, no se ponga el énfasis en razones sanitarias.

VI. CONCLUSIONES

I. En la situación de incertidumbre inicialmente creada por el estado de alarma y ante el surgimiento de problemas reales y situaciones que podrían ser complicadas por la nueva situación originada a consecuencia de la pandemia y posibles escenarios relacionados con la patria potestad, el CGPJ fue rápido y con celeridad (informe emitido 6 días después de entrar en vigor el estado de alarma) resolvió posibles problemas. Posteriormente, las diversas juntas de jueces dieron instrucciones que fueron cumplidas a rajatabla como puede observarse en las pocas sentencias de los juzgados de primera instancia que hasta ahora se han publicado.

Lógicamente en ningún momento se ha modificado la *institución de la patria potestad*. Sus funciones han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, así como en los posteriores periodos de confinamiento instaurados para intentar prevenir el virus. Para la resolución de los conflictos se ha tomado, como era lógico el *interés superior del menor, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas*.

Pues, la declaración del estado de alarma no legitimó el incumplimiento de resoluciones judiciales.

II. Idéntica solución se ha propuesto para el caso del absentismo escolar ante la obligación de los menores de acudir en septiembre al colegio. La Fiscalía de Menores, con rapidez, indicó la obligatoriedad de presencialidad en los centros escolares, indicando que el miedo al contagio no exime de la asistencia de los menores a los centros educativos. Cada comunidad autónoma estableció criterios de seguridad higiénico-sanitaria y remitió a través de instrucciones a los centros educativos los protocolos de seguridad diseñados para esta situación tan especial. La autoridad pública a través de la Fiscalía exigió a las comisiones locales o provinciales detectar los casos de absentismo escolar valorando si la situación personal o familiar justificaba la ausencia.

La situación se complica en los casos en que la negativa a cumplir con el deber de presencialidad de la educación choca frontalmente con un problema de salud de un familiar, pues aunque el miedo al contagio por COVID no exime a una familia de escolarizar a su hijo, cabe la posibilidad de que si convive con una persona vulnerable y se justifica adecuadamente, debería valorarse el caso por las autoridades educativas.

La cuestión reside en que no existe en nuestro país una regulación alternativa a la presencialidad que sí ofrecen en otros países como es el *homeschooling*. La Ley establece como deber ineludible de la patria potestad educar a los hijos y proporcionarles una formación integral, de modo que debería regularse la posibilidad de una educación alternativa a la presencialidad.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 133/2010 de 2 de diciembre de 2010, Rec. 7509/2005. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. La Ley 204442/2010.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, Rec. 202/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13264/2020. ECLI: ES:JPI:2020:7A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020, Rec. 47/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13263/2020. ECLI: ES:JPI:2020:6A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, Rec. 203/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13265/2020. ECLI: ES:JPI:2020:8A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 10 de León, Auto de 10 de septiembre de 2020, Rec. 1/2020. Ponente: Mónica RAMÍREZ ENCINAS. La Ley 113299/2020.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 200/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16680/2020. ECLI: ES:JPI:2020:10A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 199/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16679/2020. ECLI: ES:JPI:2020:9A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 86/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 198/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16676/2020. ECLI: ES:JPI:2020:12A.

- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 90/2020 de 7 de abril. 2020, Rec. 206/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16675/2020. ECLI: ES:JPI:2020:11A.

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- CE
- CC (154, 158...)
- RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ de 20 de marzo de 2020 (Sesión extraordinaria)
- Acuerdo de la Junta sectorial de jueces de primera instancia (con competencias en materia de familia) de Tenerife en fecha 23 de marzo de 2020
- BOE de 3 de mayo de 2020 y otros sucesivos. Estado de alarma. Medidas urgentes.
- Nota de servicio núm. 1/ 2020 de la Fiscalía General del Estado para la Unificación de criterios entre las distintas Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales en materia del absentismo escolar que se derive de la crisis del COVID-19, elaborada por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores) de 3 de septiembre de 2020.
- Informe de la Abogacía del Estado remitido al Ministerio de Educación. (Firmado por María Dolores OCAÑA MADRID | 17/09/2020)

NOTAS

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. «BOE» núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

² Acuerdos adoptados por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en la Sesión Extraordinaria celebrada el día 20 de marzo de 2020.

SEXO.- Estas actuaciones judiciales quedan extramuros del régimen de suspensión de plazos y actuaciones judiciales, en la medida en que están orientadas precisamente para cumplir las finalidades del Real Decreto 463/2020, y encuentran en todo caso encaje tanto en las excepciones contempladas en la letra d) del apartado tercero de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, como en su apartado cuarto, así como también en los puntos 1 y 3 del apartado II de las medidas previstas para el Escenario 3 adoptadas en el Acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de marzo de 2020; ello, con independencia de que la decisión judicial que se adopte encuentre amparo en el artículo 158 del Código civil —particularmente en su ordinal 2.º: «[l]as disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda», y especialmente en su ordinal 6.º: «[e]n general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas»— o fundamento en cualquier otra norma sustantiva o procesal que resulte aplicable a estos fines.

SÉPTIMO.- Lo anterior no es obstáculo a la eventual adopción de acuerdos en las juntas sectoriales de los juzgados de familia con objeto de unificar criterios de actuación y de establecer pautas de actuación conjunta en orden a satisfacer las finalidades de protección a que está orientado el Real Decreto 463/2020. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acuerdos-del-CGPJ/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente>

³ Boletín Oficial del Estado: domingo 3 de mayo de 2020, núm. 123.

⁴ Robert ALEXY propuso el método de la ponderación, por medio del cual, es posible (en los casos que impliquen conflictos entre dos principios), evaluar la relación que se establece entre el grado de lesión de un principio y el grado de satisfacción del otro. (ALEXY, Robert: *Derechos Sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 9788461212286. 2008).

⁵ Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, Rec. 202/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13264/2020. ECLI: ES:JPI:2020:7A.

Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, Rec. 203/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13265/2020. ECLI: ES:JPI:2020:8.^a

⁶ Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020, Rec. 47/2020. Ponente: María ATARES GARCÍA. La Ley 13263/2020. ECLI: ES:JPI:2020:6A

⁷ El acuerdo de los jueces de familia de Barcelona de 18 de marzo de 2020 (La Ley 74/2020) revisado por acuerdo de los jueces de familia de 24 de marzo de 2020, en los siguientes términos:

«Primero.- El RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales, por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes.

Segundo.- Los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a los efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y, por el momento, por un espacio de tiempo limitado hasta que finalice el estado de alarma.

Tercero.- Si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del Covid-19, en interés de los hijos menores (art. 9.2 LOPJM) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor; a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiendo entenderse que, automáticamente concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente, las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron.

Cuarto.- A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del/los hijo/os con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores.

Quinto.- Con respecto a los procedimientos de ejecución que, en su caso, se presentaren, se procederá al registro telemático de la demanda ejecutiva, siempre que se presente por la vía electrónica de Ejcat, y dada la actual suspensión de los plazos procesales, se le dará el trámite ordinario, una vezalzada la declaración del estado de alarma o, en su caso, su prórroga; salvo que la parte que presente la demanda o escrito manifieste de forma responsable la urgencia del mismo y el riesgo para el menor».

⁸ También ha estudiado diversos supuestos Nuria NAVARRO GARCÍA, titular del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, y ha publicado diversos autos al respecto.

Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 200/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16680/2020. ECLI: ES:JPI:2020:10A

Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 199/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16679/2020. ECLI: ES:JPI:2020:9A

Auto 86/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 198/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16676/2020. ECLI: ES:JPI:2020:12A

Auto 90/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 206/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16675/2020. ECLI: ES:JPI:2020:11A

⁹ En este caso, y según se acredita, la progenitora carece de domicilio, frecuenta con el menor una playa con casetas o tiendas de campaña y el menor juega en descampados sin condiciones de seguridad y salubridad. No ha sido posible localizar a la demandada.

Comparte esta juzgadora el parecer del representante del Ministerio Fiscal en el sentido que a fin de garantizar la salud del *menor procede acordar la suspensión del régimen de visitas solicitada hasta la finalización del Estado de Alarma, sin perjuicio del derecho de la madre a compensar los periodos de tiempo no disfrutados*. A fin de conseguir el necesario y deseable contacto materno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con la madre, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor.

¹⁰ La SAP Valencia (sección 2.^a) 31/2013, de 9 de enero Rec. 323/2012. Ponente: María Dolores HERNÁNDEZ RUEDA, La Ley 37153/2013. ECLI: ES:APV:2013:335, estudió el caso en el que los padres consintieron que su hijo faltara a la escuela por el temor que se les representaba el que su hijo pudiera tener un problema en el mismo en relación a la obesidad que tiene y las posibles burlas y desprecios de los compañeros de clase. el menor sufrió crisis de ansiedad. En el juicio se confrontaron, entre otras pruebas, las periciales de la psicopedagoga del centro educativo y una psicóloga que trató al menor. El Tribunal no aceptó la exención de responsabilidad, pero sí una atenuación: «no es irracional ni contraviene la lógica; puesto que la valoración realizada revela que existió temor de los acusados por la salud psíquica e incluso física de su hijo, que ciertamente cual no era insuperable, pero que en las condiciones que se produjeron en el caso examinado, sí es suficiente para la aplicación de la atenuante que realiza la sentencia recurrida».

¹¹ Nota de servicio núm. 1/ 2020 de la Fiscalía General del Estado para la Unificación de criterios entre las distintas Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales en materia del ABSENTISMO ESCOLAR que se derive de la crisis del COVID-19, elaborada por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores) de 3 de septiembre de 2020.

¹² Juzgado de Primera Instancia Núm. 10 de León, Auto de 10 de septiembre de 2020, Rec. 1/2020. Ponente: Mónica RAMÍREZ ENCINAS. (La Ley 113299/2020). Desacuerdo entre los progenitores sobre la reincorporación o no de su hijo al colegio ante la situación creada por el Covid-19. Se atribuye la facultad de decidir sobre la cuestión al padre, partidario de que el hijo vuelva al colegio, y ello en atención a las circunstancias concurrentes, como son que el hijo, de 5 años, está sano y ha estado socializado durante el verano, que el padre es profesor en el colegio, que las autoridades de sanidad y educación han establecido unos protocolos que el colegio cumple y que se desconoce cuánto puede durar la situación provocada por el Covid-19.

¹³ Firmado por María Dolores OCAÑA MADRID, 17/09/2020, 19 a 24 del Informe «Ante esta situación, entendamos que la efectividad del derecho fundamental a la educación, en su desenvolvimiento como obligación de asistencia a clase, se contraponen a otro derecho fundamental: el derecho a la vida, en su manifestación del derecho a la integridad física, no solo de los menores, sino de sus familiares convivientes. Tal contraposición consideramos que debe ser examinada de forma particular, caso a caso, tanto teniendo presente el contexto de evolución de la pandemia (en cada parte del territorio), como en el supuesto concreto de cada familia. A nuestro juicio, la realización de tal análisis factual y contextual es fundamental para constatar el presupuesto de hecho del absentismo escolar: que la falta de asistencia a clase sea reiterada y que carezca de justificación. Pero debemos insistir en que el análisis se debe hacer caso por caso. Reiteramos que no cabe concluir en abstracto que la situación actual ampare directamente la actuación de los padres que deciden no escolarizar a sus hijos. Ello supondría desposeer a los poderes públicos de las obligaciones irrenunciables que les atribuye el legislador en cuanto a la garantía de la efectividad del derecho a la educación básica, en su vertiente de velar por el cumplimiento de la educación obligatoria. Y supondría legitimar el incumplimiento directo de las normas por los ciudadanos. Nos encontramos ante normas de Derecho público, por tanto, de carácter plenamente imperativo. Sin acción específica el desconocimiento por los padres supondría la violación del principio de legalidad que la Constitución impone tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos en su artículo 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Interesa recordar que a los padres, ciertamente, les asiste el derecho de participar en el ámbito educativo, en la forma prevista en las leyes. Esta participación evidentemente será uno de los cauces para

el planteamiento ante los centros escolares y, en su caso, ante las administraciones educativas, de las preocupaciones derivadas de la situación actual de pandemia. Pero también tienen a su disposición los padres las vías que el ordenamiento jurídico establece para la revisión de la actuación de la Administración: esto es, el ejercicio de acciones legales contra la actuación administrativa (o la inactividad administrativa). De forma que, si los padres consideran que la vuelta al colegio no se realiza de forma segura, libres son de, por ejemplo, instar un recurso contencioso-administrativo contra esta decisión, con posibilidad, por ejemplo, de instar la suspensión cautelar de las decisiones administrativas de fijación de la fecha de comienzo de curso. En cualquier caso, de producirse la inasistencia a clase de alumnos, insistimos en que debe valorarse la situación de cada niño, cada familia, y el momento en que se produzca tal inasistencia, para atender a la situación epidemiológica y la alarma que pueda producir en cada familia. Ello, en cuanto que, como hemos visto, la ley exige para apreciar absentismo y que se tomen medidas contra este absentismo por los poderes públicos, que la falta de asistencia a clase reiterada, no tenga justificación. Estas circunstancias serán las que motiven la puesta en marcha de los protocolos de actuación frente al absentismo cuya implementación corresponde a las Administraciones autonómicas, con la necesaria colaboración de los centros docentes. Recordemos que el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor obliga a cualquier persona que conozca la falta de asistencia a clase, sin justificación del menor, lo ponga en conocimiento de las autoridades competentes. Esta obligación se impone especialmente a aquellos que por su situación o función conozcan estas situaciones. De manera que los colegios, de producirse estas situaciones, y de entender que son injustificadas, deben proceder de inmediato a la comunicación a la autoridad competente».

¹⁴ La STC 133/2010 *no reconoció el derecho de los padres a educar a sus hijos en casa*, que significa que no hay una facultad de los padres a no escolarizar a sus hijos. Todo esto pone de manifiesto que hay insuficiencias o lagunas normativas que debería pensarse en regular, partiendo del principio obligado de la escolarización.

La STC, Sala Primera, Sentencia 133/2010 de 2 de diciembre de 2010, Rec. 7509/2005. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. (La Ley 204442/2010) concretó que la escolarización es obligatoria en el ciclo básico de menores que recibían enseñanza en su propio domicilio. Imposición normativa del deber de escolarización de los niños de entre 6 y 16 años conforme a los artículos 9.2 LO 10/2002 y 4.2 LO 2/2006. No se protege por el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado. Además, *aun en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en razones de orden moral o religioso y, en consecuencia, en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización (y la garantía jurisdiccional de su efectividad) encuentra justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 27.2 CE y en el derecho a la educación que a todos reconoce el artículo 27.1 CE, y no genera una restricción desproporcionada en el referido derecho.*

¹⁵ La AP Castellón (sección 2.ª) en su sentencia 85/2008, de 11 de junio, trató un asunto en el que «el absentismo escolar del menor es el único dato con posible virtualidad decisiva a los efectos que nos ocupan, por lo reprochable que es en sí mismo considerado, y porque no puede ser denotativo sino de una situación de desatención en el cuidado del menor». Tras delimitar la prueba de esas ausencias reiteradas y no justificadas a las aulas, señaló lo siguiente: «Ya decíamos que esta errática vida escolar del menor, carente de la continuidad precisa, puede ser denotativa de abandono y despreocupación por parte de los padres; especialmente si la misma no es explicada en medida alguna. Sin embargo, para haber podido asignar a esta circunstancia una relevancia decisiva a los efectos que nos ocupan, se echan en falta determinadas diligencias o comprobaciones adicionales, tales como un informe detallado por parte de la tutora o profesora del menor sobre el rendimiento escolar y la evolución de este, o un informe psicológico sobre el estado de desarrollo psíquico e intelectual del menor. No consta que el menor sufra un retraso relevante en su formación y aprendizaje, ni que no tenga un desarrollo intelectual y emocional acorde con su edad».

Como consecuencia de ese razonamiento, el Tribunal estimó el recurso de la madre y revocó la declaración de desamparo de la entidad pública.

¹⁶ La SAP Málaga 1363/2004, de 17 de diciembre, estimó el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del juzgado de familia que revocó el desamparo: «cuando los padres, como en este caso, no es que sean incapaces de adoptar las medidas convenientes para la correcta escolarización de sus hijos, sino lo que es más grave, que se despreocupan totalmente de ellas; es necesario adoptar las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal para garantizar el derecho a la educación de los menores, y acceder a la petición, que no supone la declaración de desamparo, de que se adopten medidas de escolarización de los menores y que los mismos sean tutelados por la Entidad Pública que asuma la guarda judicial de los menores y su ingreso en la modalidad de acogimiento residencial en centro de protección en el que se garantice su derecho a la educación».

1.2. Derecho de Familia

Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía

Family and couple crisis: the agreement on the possession of pets or companion animals

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Doctor en derecho

RESUMEN: La estancia de los animales de compañía con los miembros de la familia después de las crisis de pareja no se encuentra regulada en el ordenamiento español. Con el análisis de las normas aplicables y su interpretación jurisprudencial este trabajo intenta dotar de herramientas a los operadores jurídicos para fundamentar peticiones y resoluciones sobre ese aspecto.

ABSTRACT: *The stay of pets with family members after couple crisis is not regulated in the Spanish legislation. With the analysis of the applicable rules and their jurisprudential interpretation, this work attempts to provide legal operators with tools to substantiate petitions and resolutions about it.*

PALABRAS CLAVE: Crisis de pareja. Guarda y custodia. Animal de compañía.

KEY WORDS: *Couple crisis. Guard and custody. Pet.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES.—III. ATRIBUCIÓN DE SU GUARDA Y CUSTODIA.—IV. EJECUTABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN.—V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN.—VI. CONCLUSIONES. —VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La palabra «ecología» se utilizó por primera vez por Ernst HAECKEL en 1869, para definir el estudio científico de las interacciones entre los organismos y su medio ambiente, a nivel del propio organismo en cuanto a cómo le afecta su ambiente biótico o abiótico, y a nivel de la población en cuanto a la presencia o ausencia de unas especies en un lugar y las oscilaciones o fluctuaciones en su número de individuos, así como sus relaciones con otros (BEGON, HARPER y TOWSEND, 1999, 6).

Una de las especies que pueblan el planeta son los seres humanos, pero lo comparten con un gran conjunto de seres vivos: bacterias y hongos que pueden pasar desapercibidos aunque son la base de antibióticos o de platos deliciosos, plantas más o menos complejas que se cultivan como alimento o se utilizan para la obtención de medicamentos, madera, etc., virus que a pesar de situarse en la frontera de lo vivo y lo inerte pueden causar graves problemas, y los animales no humanos, con gran diversidad de especies.

A pesar de que los humanos se autodenominen sabios al nombrar científicamente a su especie (*Homo sapiens sapiens* según el Código Internacional de Nomenclatura Zoológica), a nadie escapa que las capacidades de algunos animales superan al hombre, y este se ha inspirado en ellos para el diseño de artilugios que le han posibilitado realizar algunas tareas. Pensemos en la capacidad de orientarse de algunas aves migratorias, en el propio vuelo de las aves, la posibilidad de un reptil de caminar por un techo, la visión de las rapaces nocturnas, o la detección por el olfato de un perro de una persona enterrada en los restos de un alud o un terremoto.

La relación hombre-animal ha evolucionado: desde las sociedades cazadoras del paleolítico a las neolíticas, que con la sedentarización y el inicio de la agricultura domesticaron animales comenzando una relación ambivalente, incluyendo a algunos en la familia, pero empleando a otros para explotarlos o divertirse.

A pesar de esa visión de aprovechamiento no faltó quien en tiempos pretéritos mostró su desacuerdo con la relación con los animales, como PITÁGORAS de Samos (nacido en el 582 A.C.) o PLUTARCO en el Siglo I^a.

En la actualidad, la relación humano-animal ha sido objeto de un análisis detallado y de diversas discusiones de carácter político que se han plasmado en normas legales (CHIBLE VILLADANGOS, 2016, 373).

Esa relación es origen de vínculos que han sido estudiados desde diferentes puntos de vista, en particular, la psiquiatría ha identificado dos patrones de relación de las personas con sus animales de compañía (uno emocional y otro pragmático), así como factores socio-demográficos que determinan esa relación, como el género (los hombres muestran mayor vínculo emocional), o el nivel educativo (un nivel educativo alto se asocia con una mayor probabilidad de mantener un mayor vínculo emocional y de interacción con el animal) (CALVO SOLER, 2017, 159).

Las estadísticas indican que en España existían en 2015 aproximadamente ocho millones de animales de compañía registrados, principalmente perros y gatos, aunque el número total de mascotas se estima en 20 millones, estando presentes en el 40 % de los hogares², por lo que su destino tras las rupturas no es una cuestión anecdótica ni de importancia menor.

En este trabajo se pretende abordar la situación de los animales de compañía tras la crisis de pareja, tratando qué consideración jurídica tienen, cuáles son las soluciones posibles a tenor de la normativa actual, la posibilidad de ejecución de las resoluciones que adopten decisiones sobre un animal de compañía, y las posibles mejoras legislativas para adaptar nuestras normas a la realidad.

II. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES

En el diccionario de la Real Academia Española se define animal como «ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso», lo que no parece encajar con la consideración jurídica que poseen en el derecho español, que en

la clásica diferenciación del Código civil de 1889 (en adelante, CC) entre bienes muebles e inmuebles los integra en la categoría de muebles.

Analizaremos, a continuación, el estatus jurídico de los animales no humanos, en especial, los de compañía.

En el acervo normativo internacional destacan la Declaración Universal de los Derechos del Animal de 23 de septiembre de 1977, que adoptó la Liga internacional de los derechos del animal y aprobaron la UNESCO y la ONU, en cuyo artículo 1 establecía que: «Todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia», texto que no pasa de ser una declaración de intenciones desprovista de carácter normativo, y en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, ratificado por España en 2017³.

A nivel internacional, la ONU debería dar un paso esencial aprobando una Convención Internacional sobre la protección del bienestar animal, sentando unas bases y objetivos comunes sobre el respeto a los animales en cuanto seres que sienten y sufren (VIVAS TESÓN, 2019, 4).

Los Estados han regulado el estatuto jurídico animal desde dos puntos de vista: el negativo, reconociendo que el animal no es una cosa, como los Códigos civiles de Austria, Alemania, Suiza, Liechtenstein y República Checa; y el positivo, considerándolos seres vivos dotados de sensibilidad, como el *Code Civile* francés, la normativa neozelandesa, la canadiense, la colombiana o la chilena. Incluso en Argentina y en Brasil se ha utilizado el *habeas corpus* para proteger la vida de animales (chimpancés), y los tribunales han determinado que desde una interpretación jurídica no estática hay que reconocerle al animal el carácter de sujeto de derecho, y no se trata de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar que son seres sensibles y les asiste entre otros derechos el de nacer, crecer, vivir y morir en el medio que les es propio según su especie (VIVAS TESÓN, 2019, 9).

En la Unión Europea, la superación del concepto de animal-cosa se produce con la publicación de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)⁴, cuyo artículo 13 consagra: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional», precepto con fuerza limitada al introducir una excepción tan amplia que puede constituir una declaración de voluntad ineficaz (ROCA FERNÁNDEZ CASTANY, 2018, 11).

El artículo 13 TFUE, como derecho originario de la UE, sería un principio de máximo rango directamente aplicable en nuestro país a tenor de lo que dispone el artículo 93 de la Constitución española.

En la Carta Magna no se contiene referencia alguna a los animales. Como hemos indicado es en el Código civil donde se plasma la concepción de animal como cosa o recurso objeto de aprovechamiento. A tenor de lo dispuesto en los artículos 333 del Código civil y siguientes, los animales se consideran bienes muebles, con la particularidad de que pueden trasladarse por sí mismos. Por esa capacidad de desplazamiento autónomo surgió el término «semovientes», y quedaban al margen los considerados parte de un bien inmueble por estar unidos por voluntad de su propietario, como viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos.

En la regulación de los efectos de la posesión (art. 465 CC) se distingue sin criterio científico entre los animales fieros, domesticados o amansados y domésticos, cuestión que puede tener importancia a la hora de determinar si un animal es de compañía.

Y con menor trascendencia para establecer el régimen de estancia de un animal de compañía con sus dueños se regula el modo de adquirir la propiedad sobre ellos en los artículos 610 del Código civil y siguientes en el caso de ocupación, y en el 1491 del Código civil y siguientes respecto a la compraventa.

La última referencia en el del Código civil es la de los artículos 1905 y 1906 del Código civil sobre la responsabilidad civil que puede acarrear los perjuicios que cause un animal extraviado o los que habitan en una finca de caza.

En el derecho autonómico se han publicado normas relativas a la tenencia y protección de los animales sin que hubiera criterios estatales de armonización, por lo que existen diecisiete leyes y dos reglamentos (Ceuta y Melilla) que no son igual de garantistas, con consecuencias esquizofrénicas, como que un perro sea considerado potencialmente peligroso en una comunidad autónoma y no en otra, o que lo que esté prohibido en una se permita en otra (Auto del Juzgado de Instrucción número 1 de Lugo de 14 de noviembre de 2017), situación de inseguridad jurídica que se multiplica toda vez que cada ayuntamiento puede dictar sus propias ordenanzas municipales sobre animales de compañía⁵.

El Código civil de Cataluña (CCCat), en su artículo 511-1.3, establece que los animales no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes y solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza. Por ello, no sería adecuado referirse al dueño de un animal de compañía como su propietario, pues la propiedad (art. 541-1 CCCat) otorga el derecho de usar de forma plena los bienes, lo que en el caso de los animales encuentra su límite en lo que permita su naturaleza, así, sería más correcto llamarlo titular, cuidador o responsable (CASAS DÍAZ, y CAMPS i VIDELLETT, 2019, 80).

Las normas analizadas dejan huérfano de regulación un asunto importante en las sociedades actuales como es el régimen de estancia de los animales de compañía cuando acaece la crisis de pareja. Para la familia, el animal no será un bien mueble, sino un miembro más, y además se ha de tener en cuenta que el interés superior de los menores (principio de inspiración transversal en actuaciones judiciales y administrativas) pasará por preservar el derecho de los menores a seguir disfrutando de la relación con su animal de compañía.

Esta línea de pensamiento se ha plasmado en iniciativas como la campaña del Observatorio de Justicia y Defensa Animal y la Fundación Affinity denominada «AnimalesNOsonCosas», que recogió firmas para solicitar en el Congreso de los Diputados la modificación del régimen jurídico de los animales en el Código civil⁶.

La situación es paradójica, pues mientras el ordenamiento civil los sigue considerando cosas la normativa penal los protege frente al maltrato en cuanto que son seres con sensibilidad (GARCÍA PRESAS, 2019, 126).

El grupo parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición no de Ley (PNL) aprobada por unanimidad el 14 de febrero de 2017, que impulsó al Gobierno a presentar la Proposición de Ley (PL) de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales, texto que además de en los animales de compañía (como la PNL) se extiende al resto de animales.

La PL establece, en su exposición de motivos, que la reforma sigue la estela de ordenamientos próximos que han modificado sus códigos para adaptarlos a

la mayor sensibilidad social hacia los animales y reconocer su cualidad de seres vivos y sintientes.

Se crea una categoría diferenciada de las dos clásicas de personas y cosas ya que de forma expresa se les excluye de la categoría de cosa y se les define como ser dotado de sensibilidad (GIMÉNEZ CANDELA, 2018, 8).

En el ámbito de este trabajo son de especial interés las reformas de los artículos 90 y 94 del Código civil (así como del artículo 103 del Código civil en cuanto a las medidas provisionales).

La reforma añade un nuevo apartado «c» al artículo 90 del Código civil (contenido del convenio regulador en procedimientos de mutuo acuerdo) con el tenor: «El destino de los animales de compañía, caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo verse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario».

Desde mi punto de vista, los parámetros a valorar son los correctos: el interés de la familia, aunque opino que se debería matizar refiriéndose «especialmente al de los menores», fácilmente cognoscible para el juzgador mediante la práctica de su audiencia; y el del animal, garantizando su bienestar.

Cuestión controvertida, que a mi juicio no es baladí, sería la determinación de los que pueden considerarse animales de compañía, pues no cabe duda de que perros y gatos lo son, pero pueden surgir controversias sobre otros animales cuyo estatus en la familia no está tan claro. Pensemos en unas gallinas que se compran por deseo de los menores y con el afán de que adquieran responsabilidades en el cuidado de los animales, limpieza del lugar donde habitan, etc. Al margen de su función productora de huevos, su capacidad de interacción con humanos más reducida que en el caso de otros animales, y su corta vida, no admite discusión que cuando se adquirieron se hizo con voluntad de tener unas mascotas, no un animal destinado a producir alimentos, y que sobre todo los menores habrán creado un vínculo con ellas.

Esa determinación debería realizarse, en mi opinión, por la posibilidad de establecerse ese vínculo afectivo respecto a ciertos animales.

También se propone la introducción del artículo 94 bis del Código civil: «La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar animal», y la de un nuevo párrafo en el artículo 103 del Código civil: «Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno».

De menor interés para el estudio que nos ocupa, pero con gran trascendencia, se propone la modificación del artículo 333 del Código civil que define al animal como ser dotado de sensibilidad, y aunque reconoce el derecho de propiedad sobre el animal prohíbe el maltrato, abandono o sacrificio. Al dejar de considerarse cosas y con ello bienes muebles o inmuebles, se detalla: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales con las limitaciones que se establezcan en las normas legales y en la medida en que no lo prohíban».

La exclusión de la categoría de cosa es causa de que se proponga la modificación de la Ley Hipotecaria, imposibilitando que los animales de compañía o los de una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo puedan

ser incluidos en la hipoteca (art. 111), y de que proponga su declaración como inembargables en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 605 LEC).

La reforma hubiera sido muy positiva porque entre otras cosas habría adaptado nuestra normativa al marco europeo a semejanza de otros ordenamientos de nuestro entorno, y se habría avanzado de manera significativa en la defensa de los animales (16).

Sin embargo, el trámite de la PL ha caducado con la finalización de la XII legislatura (de 19 de julio de 2016 a 5 de marzo de 2019), por lo que seguimos esperando una regulación a todas luces necesaria por afectar tanto a los derechos de los animales no humanos como a las personas que gozan de su compañía.

III. ATRIBUCIÓN DE SU GUARDA Y CUSTODIA

Venimos afirmando que un animal de compañía, aunque jurídicamente sea un bien mueble en el Derecho Común, mantiene un vínculo con los miembros de la familia, de la que es uno más, por ello, cuando acaece la crisis de pareja se suele reclamar el establecimiento de un derecho de visitas respecto a él.

El enfoque que se debe dar a la solicitud es muy parecido al que se ofrece para los hijos comunes, pues se valoran cuestiones similares como el establecimiento de una custodia y un régimen de visitas, o como hacerse cargo de la manutención del animal o de sus gastos extraordinarios. Además, en muchas familias se adquieren animales de compañía precisamente en sustitución de los hijos por múltiples causas, entre ellas el no poder asumir la responsabilidad y el coste de la educación de menores (FELEZ COSTA, 2016, 175).

Una de las posibilidades es que la pareja plasme en pactos anteriores a la ruptura las disposiciones que han de regir sobre sus animales de compañía ante una eventual crisis, teniendo cabida para el caso de matrimonios en las capitulaciones, válidas siempre que lo acordado no sea contrario a la Ley, las buenas costumbres, o limite la igualdad de derechos entre cónyuges.

También pueden incluirse acuerdos sobre los animales de compañía en los convenios reguladores que se aprueben en los procedimientos de separación, divorcio o adopción de medidas paterno filiales, pues el artículo 90 del Código civil es un precepto de mínimos, que establece las cuestiones que debe incluir el convenio de forma obligatoria siempre que sean aplicables, pero no constituyen un *numerus clausus*, por lo que puede ser complementado con las disposiciones que consideren las partes siempre que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los otorgantes ni contravengan las leyes, la moral o el orden público (ACEDO PENCO, 2016, 100). Esa libertad de pacto es consecuencia del principio de autonomía de las partes consagrada en el artículo 1255 del Código civil, sin otra cortapisa que el control judicial del contenido del convenio.

La doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) reconoce efectos contractuales a los convenios reguladores (STS de 21 de diciembre de 1998), con un amplio reconocimiento de la autonomía de su voluntad, salvo en cuestiones indisponibles entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales. El régimen de estancia de un animal de compañía no se encuentra en el elenco de cuestiones no disponibles, de ahí que deba ser admitida su inclusión.

Los pactos y convenios reguladores, al ser reflejo de la voluntad de las partes deberían ser respetados, pero sin embargo algunas resoluciones judiciales niegan

su carácter ejecutivo (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2017, 1685), extremo que trataremos en el siguiente epígrafe.

En los procedimientos contenciosos las resoluciones judiciales suelen resolver de acuerdo a las reglas de extinción de la copropiedad para el caso de relaciones de hecho, y difiriendo el régimen de disfrute del animal a la liquidación del régimen económico en uniones matrimoniales.

Al considerar que el animal es una cosa será clave la determinación de su propiedad, pues en caso de relaciones *more uxorio*, si uno de los miembros de la pareja es su propietario será quien ostente todos los derechos sobre él, pero si el animal es una copropiedad entre ambos se tendrá que proceder de acuerdo a su naturaleza indivisible, de forma que se adjudique a uno siendo indemnizado el otro (art. 404 CC) o ambos «se sirvan» del animal disponiendo de él sin perturbar el derecho de los copropietarios (art. 394 CC).

Es el supuesto tratado en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz de 7 de octubre de 2010, que habida cuenta de la historia de la domesticación del perro considera el objeto del procedimiento acreedor de tutela jurisdiccional en los términos del artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), y establece que al ser el perro un bien indudable y esencialmente indivisible, únicamente caben las opciones indicadas, adjudicando a uno el perro o acordando el disfrute compartido. Al no instar ninguna de las partes la primera opción solo cabe la segunda, y no pudiendo ser conjunto el disfrute del animal se opta por la tenencia temporal del perro. Los litigantes eran pareja de hecho, por lo que se aplica el régimen de la copropiedad y no de los regímenes matrimoniales, haciendo mención a la doctrina del Tribunal Supremo que desde la STS de 19 de octubre de 2006 ha rechazado la posibilidad de aplicar normas fundadas en la institución matrimonial a situaciones de convivencia *more uxorio*, por ello, es necesario probar una copropiedad sobre el animal que en matrimonios se presume.

Para poder interponer la acción posesoria fundada en el artículo 446 del Código civil, además de los dos requisitos materiales (una situación de hecho posesoria sobre el animal y una acreditación de haber sido perturbado o despojado en la posesión), es necesario que la demanda se presente antes de transcurrido un año del despojo, pues en caso contrario se resolvería su desestimación (SAP Las Palmas de Gran Canaria de 14 de febrero de 2017).

No suelen admitirse las peticiones de adopción de un régimen de guarda y custodia de animales en los procedimientos de carácter matrimonial, según algunos juzgados por considerarlas anacrónicas, aun cuando se comprenda el cariño que se le pueda tener al animal y el deseo de tenerlo en su compañía (SAP A Coruña de 6 de abril de 2006).

Tampoco se admite la aplicación analógica de un régimen de visitas con los progenitores no custodios porque no tiene su base en una relación paterno filial, y por ello no se puede apreciar la identidad de razón a la que hace referencia el artículo 4.1 del Código civil, por ello esas pretensiones son generalmente inadmitidas y diferidas a un procedimiento diferente al matrimonial, concretamente a un juicio declarativo para obtener la división del bien común o el uso compartido, aunque algún voto particular se pronuncia a favor de la resolución sobre la tenencia y cuidado de la mascota familiar (SAP Barcelona de 10 de julio de 2014).

Una de las razones para la remisión al proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, además de la consideración de los animales como bienes semovientes, es que los efectos de la sentencia de divorcio han de circunscribirse

a la adopción de alguna de las medidas a que hace referencia el artículo 91 del Código civil (SAP Segovia de 24 de marzo de 2015).

En el caso de matrimonios casados en régimen económico de gananciales habrá que atender a la calificación del animal como bien privativo, en cuyo caso permanecerá con su propietario (art. 1346 CC), o como bien ganancial, englobado en el activo de la sociedad, debiendo venderse y repartir el beneficio entre los cónyuges o valorarlo económicamente y atribuirlo a uno de ellos (art. 1347 CC) (GARCÍA PRESAS, 2019, 130).

Destacan sin embargo resoluciones como la SAP Málaga de 24 de noviembre de 2016, que establecen el disfrute por períodos de la compañía de un perro, sin hacer mención de la aplicación de precepto alguno.

Pero sin duda, proporciona argumentos de calado respecto al régimen de custodia de los animales de compañía la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid de 27 de mayo de 2019.

La resolución fundamenta la adopción de las medidas en que la materia es objeto de la Proposición de Ley de 13 de octubre de 2017, proposición que no hace más que cumplir con lo dispuesto en el artículo 13 TFUE, que exige a los Estados miembros el respeto a las exigencias de bienestar de los animales como seres sensibles, recogiendo las líneas marcadas por ordenamientos jurídicos europeos como el de Austria, Suiza, Bélgica, Francia o Portugal.

Al referirse la Proposición de Ley al destino de los animales de compañía tras la crisis matrimonial, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de custodia en atención al interés de los miembros de la familia y al bienestar animal, es de aplicación el artículo 3 del Código civil en cuanto dispone que las normas se interpretarán de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y, en su virtud, a pesar de que la regulación actual considera al animal como una cosa, debe tratarse como un ser dotado de sensibilidad y aplicarle los criterios utilizados en procedimientos de crisis de pareja.

A mi juicio la resolución realiza una correcta aplicación del artículo 13 TFUE ante la inactividad del legislador español, que mantiene en un limbo jurídico el destino de los animales de compañía, los sentimientos de esos animales, y los de las personas que después de la crisis desean seguir gozando de su compañía.

IV. EJECUTABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN

Merecen una mención especial resoluciones como el AAP Barcelona de 5 de abril de 2006, que declaran inejecutable un pacto sobre régimen de visitas de un perro establecido en un convenio regulador aprobado mediante sentencia.

El tenor del Auto, quizás debido a la fecha en que se dictó, no es acorde con el estatus que venimos propugnando en cuanto a los animales de compañía. Hace referencia a que no existían pronunciamientos de la jurisprudencia menor de los recogidos en las colecciones bibliográficas especializadas españolas sobre la ejecución de esos acuerdos, señala que la conflictividad se produce en el terreno especulativo, perteneciendo los precedentes en el derecho comparado a la literatura periodística o a las excentricidades de determinados personajes más que a los conflictos derivados de las crisis de pareja, y duda acerca de si cabe un efectivo derecho de visitas a un animal y si las controversias relativas al mismo se pueden enjuiciar en un proceso de familia y en el ámbito obligacional de las medidas reguladoras de la crisis familiar.

La resolución asevera que es una cuestión debatida por la doctrina la posibilidad de inclusión en los convenios reguladores de determinados pactos extra-jurídicos, concluyendo que debe ser admitido todo aquello que, en ausencia de acuerdo, fuera susceptible de ser sometido a controversia contenciosa y a decisión judicial dirimente. Así, declaraciones de voluntad recogidas en convenios, propósitos de armonía, colaboración y actuación a favor de los hijos, promesas de ayuda y apoyo moral y reconocimientos de gratitud, pertenecen al ámbito de la moral y buenas costumbres, y no han de ser excluidos del pacto, pero no tienen trascendencia jurídica por ser de imposible ejecución.

Y realizando, a mi juicio, una interpretación errónea, declara inejecutable el pacto por el que se establecía que el esposo podría visitar al perro propiedad de la exesposa previo acuerdo con ella, al considerar que no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado, pues vendría a ser una obligación sujeta a la voluntad exclusiva de quien hubiera de cumplirla, y por ello nula e ineficaz de acuerdo a los artículos 1115 y 1256 del Código civil.

Coincido con DÍEZ PICAZO⁷ en la posibilidad de pactar el derecho de visita de un animal de compañía en un convenio regulador; cuestión que no es contraria a la ley, la moral o el orden público familiar, y en que carece de fundamento afirmar que el pacto no es ejecutable, pues la obligación de la esposa de tolerar las visitas al perro, se considere obligación de hacer o de no hacer, tiene su cauce ejecutivo en los artículos 709 o 710 LEC respectivamente.

Desde mi punto de vista, el régimen de visitas respecto al animal refleja una voluntad clara que al plasmarse en el convenio se convierte en obligación, y no puede asimilarse a las declaraciones inejecutables a que hace referencia el Auto como la relación armónica entre las partes, etc.

El mismo razonamiento se mantiene en resoluciones más recientes como la SAP de León de 25 de noviembre de 2011.

V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN

La propuesta de reforma se refiere al destino de los animales de compañía que se adoptará con atención al «interés de los miembros de la familia y al bienestar animal».

En mi opinión se adaptaría mejor a nuestro marco jurídico actual si se introdujera como criterio preferente de valoración el interés de los menores, consagrado como principio que ha de inspirar cualquier actuación administrativa o judicial en que puedan verse afectados. No en vano, en gran cantidad de resoluciones de adopción de medidas paterno filiales que se tramitan por el cauce del mutuo acuerdo se pacta un régimen de disfrute de los animales de compañía análogo al de los menores, de forma que se cumple su deseo de estar siempre con su mascota, independientemente del progenitor con quien se encuentren.

A tal efecto, en los criterios de atribución, tanto en el caso de mutuo acuerdo como contencioso (arts. 90 y 94bis CC), se podría matizar la proposición de reforma con el tenor *in fine*: «...teniendo en cuenta el interés de los menores (si los hay) y subsidiariamente el de los progenitores, así como el bienestar del animal».

Otra de las cuestiones que obvia la Proposición de Ley es el de la atención de los gastos producidos por el animal, tanto en lo que a alimentación se refiere como en las visitas periódicas al veterinario, accesorios que necesite, etc.

Las necesidades básicas son fácilmente previsibles y, por ello, es susceptible de establecerse un régimen para su pago, siendo tan esencial como la pensión de

alimentos de los menores, y también debería determinarse como se hará frente a los gastos de carácter extraordinarios, como los originados por enfermedades, etc., con el fin de evitar litigios futuros que podrían afectar el bienestar del animal que se intenta garantizar.

VI. CONCLUSIONES

I. Aunque en el derecho español los animales son considerados como bienes muebles, para paliar la inactividad del legislador debe invocarse la cualidad de seres sensibles que les reconoce el artículo 13 del TFUE, sensibilidad reconocida también en el Código Penal que castiga como delito su maltrato. Esa condición de seres sensibles conduce a interpretar las normas de acuerdo al tiempo en que han de ser aplicadas, posibilitando la adopción de regímenes de guarda de los animales domésticos tras la crisis de pareja.

II. En las uniones *more uxorio*, la estancia del animal tras la crisis de pareja se adopta de acuerdo a la propiedad del mismo o a las reglas de extinción de la copropiedad.

III. En procedimientos de adopción de medidas de mutuo acuerdo puede pactarse en convenio o pactos anteriores el disfrute de la compañía del animal tras la crisis. En los procedimientos contenciosos suele diferirse la adopción del régimen a la liquidación del régimen económico, aunque algunas resoluciones lo establecen en el proceso de familia.

IV. Suele considerarse inejecutable el régimen de disfrute de un animal de compañía establecido en resolución o convenio regulador, a mi juicio de forma errónea, pues se trata de obligaciones de hacer o no hacer que deben tramitarse de acuerdo a los artículos 709 y 710 LEC.

V. En la futura regulación debería recogerse la primacía del interés de los menores para adoptar el régimen de compañía del animal, así como la forma de hacer frente a los gastos ordinarios y extraordinarios que genere.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1183/1998, Sala Primera, de 21 diciembre 1998. ROJ STS 7768/1998.
- STS 1048/2006, Sala Primera, de 19 de octubre de 2006. ROJ STS 6421/2006.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP Barcelona 78/2006, sección 12, de 5 de abril de 2006. ROJ AAP B 1186/2006.
- SAP A Coruña 164/2006, sección 4, de 6 de abril de 2006. ROJ SAP C 617/2006.
- SAP León 430/2011, sección 1, de 25 de noviembre de 2011. ROJ SAP LE 1373/2011.
- SAP Barcelona 465/2014, sección 12, de 10 de julio de 2014. ROJ SAP B 8157/2014.
- SAP Segovia 36/2015, sección 1, de 24 de marzo de 2015. ROJ SAP SG 64/2015.

- SAP Málaga 818/2016, sección 6, de 24 de noviembre de 2016. ROJ SAP MA 2937/2016.
- SAP Las Palmas de Gran Canaria 113/2017, sección 4, de 14 de febrero de 2017. ROJ SAP GC 115/2017.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia 200/2010, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz, de 7 de octubre de 2010. ROJ SJPI 19/2010.
- Sentencia 88/2019, del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valladolid, de 27 de mayo de 2019. ROJ SJPI 88/2019.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A. (2016). *Derecho de familia*. Madrid: Dykinson.
- BEGON, M., HARPER, J.L. y TOWNSEND, C.R. (1999) *Ecología. Individuos, poblaciones y comunidades*. Madrid: Omega, 1999.
- CALVO SOLER, P. (2017). *El vínculo entre el ser humano y los animales*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- CASAS DÍAZ, L. y CAMPS i VIDELLET, X. (2019). Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía. *Derecho Animal*, 2019, vol. 10-1, 76-83. DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/da.397>
- CHIBLE VILLANDANGOS, M.J. (2016). Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho. *Revista Ius et Praxis*, año 22, núm. 2, 373-414.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B. (2018). El nuevo estatus jurídico de los animales y su incidencia en los casos de separación y divorcio. *Diario La Ley*, núm. 9207.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2007). Convenios reguladores y animales domésticos. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1685-1692.
- FÉLEZ COSTA, F. (2016). ¿Quién se queda con el perro? *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 21-22, 175-185.
- GARCÍA PRESAS, I. (2019). El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 8 bis, 124-139.
- GIMÉNEZ CANDELA, M. (2018). Descosificación de los animales en el Código civil español. *Derecho Animal. Forum of animal Law Studies*, vol. 9, núm. 3, 7-47.
- ROCA FERNÁNDEZ CASTANYS, M.L. (2018). *El transporte intracomunitario de animales de compañía*. Madrid; Reus.
- VIVAS TESÓN, I. (2019). Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 21, 1-23.

NOTAS

¹ MOLINA REGUILÓN, B. (2020). La confusa relación del ser humano con los animales. Disponible en www.ucm.es.

² VVAA. (2015). *Análisis y caracterización del sector de los animales de compañía*. Madrid; Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

³ BOE número 245, de 11 de octubre de 2017.

⁴ Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

⁵ Auto del Juzgado de Instrucción número 1 de Lugo de 14 de noviembre de 2017. Disponible en www.abogacia.es (consultado el 4 de diciembre de 2020).

⁶ Disponible en <https://fundacion-affinity.org/animalesnosoncosas/> Consultado el 4 de diciembre de 2020.

⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.* 1690.

1.3. Derechos Reales

Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico. Comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020

Recent developments concerning prohibitive community agreements on tourist housing and other forms of tourist accommodation. Comments to the RDGSJFP of 16 June 2020

por

ALEJANDRO FUENTES-LOJO RIUS
Abogado

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la última doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre la problemática de la validez y eficacia de los acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico en edificios divididos en propiedad horizontal a raíz de la reforma del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal operada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

ABSTRACT: *This paper analyzes the latest doctrine of the General Directorate of Legal Security and Public Faith on the problem of the validity and effectiveness of prohibitive community agreements on tourist housing and other forms of tourist accommodation in buildings divided into horizontal property as a result of the reform of Article 17 of the Spanish Horizontal Property Act introduced by Royal Decree-Law 7/2019 of 1 March, on urgent measures in housing and rental.*

PALABRAS CLAVE: Vivienda de uso turístico. Limitación. Prohibición. Comunidad de propietarios. Estatutos comunitarios. Propiedad horizontal. Derecho de propiedad Validez. Oponibilidad. Irretroactividad.

KEY WORDS: *Tourist housing. Limitation. Prohibition. Community of owners. Community statutes. Horizontal property. Property rights. Validity. Opposability. Non-retroactivity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGSJFP DE 16 DE JUNIO DE 2020: 1. SOBRE LA VALIDEZ DEL ACUERDO COMUNITARIO

PROHIBITIVO DE ACTIVIDAD DE VUT. 2. SOBRE LA VALIDEZ DEL ACUERDO COMUNITARIO PROHIBITIVO DE OTRAS MODALIDADES DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO: HOSPEDERÍA, ALQUILER VACACIONAL Y APARTAMIENTO TURÍSTICO. 3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE IRRETROACTIVIDAD DEL ACUERDO DE LIMITACIÓN DE ACTIVIDAD DE VUT.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE NORMAS CITADAS EN MATERIA DE VIVIENDAS TURÍSTICAS. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La permanente tensión entre interés individual e interés común inherente a las relaciones de vecindad y la necesidad de compaginar dichos derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios¹ se ha hecho patente en los últimos años en la problemática cuestión de la prohibición de usos en elementos privativos de las comunidades de propietarios. En particular, con relación a la popularizada y disruptiva modalidad de alojamiento turístico de las viviendas de uso turístico (VUTs) y su difícil encaje convivencial en los edificios de uso primordialmente residencial.

La problemática convivencial desatada en nuestro país por la explotación de viviendas para uso turístico en las comunidades de propietarios determinó que en 2019 el Gobierno español tomara cartas en el asunto reformando *ad hoc* la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH) con la introducción del nuevo apartado 12 en el artículo 17 de esta ley especial, vía Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, RDL 7/2019 o Real Decreto Ley). Para una mayor claridad expositiva, reproducimos el nuevo texto legal aprobado por dicha reforma:

«El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

La finalidad de la reforma legal es clara. Rebajar el excesivo quórum de la unanimidad que prevé el artículo 17.6 de la LPH para la modificación del título constitutivo o de los estatutos comunitarios para permitir a las comunidades de propietarios prohibir la actividad de explotación de viviendas para uso turístico. Si bien las comunidades de propietarios ya ostentaban dicha facultad prohibitiva, la misma era inoperante en la práctica dado que el requisito de la unanimidad se convertía en un derecho de veto del comunero que quería explotar su vivienda para uso turístico. Todo ello con la ventaja para el legislador estatal de que el camino ya había sido recorrido por el legislador catalán, que en 2015 reformó el Libro Quinto del Código civil de Cataluña (Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales), mediante la sutil modificación del artículo 553-25.4, cuya anterior redacción había generado verdaderos quebraderos de cabeza a tribunales y a la

Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya (Resoluciones de 9 de octubre de 2014, de 7 de enero, de 14 de julio y de 15 de octubre de 2015)².

A pesar de la senda marcada por el legislador catalán, el texto finalmente aprobado por el RDL 7/2019 adolece del necesario rigor técnico, por lo que como era de esperar y manifesté en su día³, ha empezado a generar problemática práctica, tanto en los tribunales como en los órganos administrativos competentes.

Una vez más se ha evidenciado la incompatibilidad entre el rigor jurídico y la utilización del instrumento legislativo del Real Decreto Ley del que tanto ha abusado nuestro poder ejecutivo en los últimos años; así como una visión cortoplacista del Gobierno para tratar de combatir de prisa y corriendo una problemática convivencial que afecta con especial virulencia a las grandes urbes españolas y que entronca con una problemática socio-económica de mayor calado político, la de acceso a la vivienda.

Si bien aún no existen precedentes en los tribunales, ya han empezado a gotear las primeras resoluciones administrativas interpretativas del nuevo artículo 17.12 de la LPH, aportando la esperada y necesaria seguridad jurídica sobre la materia que tanto precisábamos los operadores jurídicos y, por extensión, la ciudadanía. En particular, nos referimos a la reciente Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) de 16 de junio de 2020, la cual merece un pormenorizado análisis por su brillantez y gran claridad expositiva.

II. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGSJFP DE 16 DE JUNIO DE 2020

La RDGSJFP de 16 de junio de 2020 resuelve la procedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad de un acuerdo comunitario prohibitivo de vivienda de uso turístico (VUT) adoptado por un quórum de 3/5 de propietarios y cuotas de participación, cuya inscripción había sido denegada por la registradora competente porque, a su juicio, vulnera el artículo 17.12 de la LPH.

La problemática interpretativa del artículo 17.12 de la LPH a la que se enfrenta este órgano gubernativo es triple: A) la validez de un acuerdo comunitario prohibitivo de la actividad de VUT; B) la validez de un acuerdo comunitario prohibitivo de otras modalidades de alojamiento turístico: hospedería, alquiler vacacional, y apartamiento turístico; y C) el alcance del concepto de irretroactividad del acuerdo de limitación de actividad de VUT.

1. SOBRE LA VALIDEZ DEL ACUERDO COMUNITARIO PROHIBITIVO DE ACTIVIDAD DE VUT

La problemática interpretativa se suscita por la desafortunada redacción del artículo 17.12 de la LPH al utilizar los verbos «limitar» y «condicionar» para hacer referencia a la facultad de la comunidad de propietarios de adoptar acuerdos de prohibición de actividad de VUT, en vez de utilizar el verbo «prohibir», como hubiere sido deseable.

Si bien, a mi juicio, se trata de una cuestión meramente gramatical y estéril en cuanto a su trascendencia jurídica. Tan solo es necesario leer el preámbulo de la norma para determinar su espíritu —consistente en incentivar el mercado de la vivienda para lo cual el alquiler turístico es un obstáculo a ojos del «legislador»⁴—, debiendo primar siempre la interpretación teleológica de la norma cuando entra en colisión con el criterio hermenéutico gramatical. Sin embargo, algún autor⁵ ha defendido con vehemencia la tesis contraria, erigiéndose en una cuestión de deba-

te constante en los foros de especialistas sobre el tema y a la cual se ha dedicado por la doctrina, a mi juicio, excesiva atención, inclinándose la mayor parte de los expertos por la tesis finalista de la norma (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.⁶, MURGA FERNÁNDEZ, J.P.⁷, BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G.⁸).

La resolución analizada acoge el criterio de la doctrina mayoritaria, esgrimiendo los siguientes argumentos:

a) El verbo «limitar» no es incompatible con el verbo «prohibir»; más bien al contrario, hay una relación de sinonimia entre dichos verbos. Para ser más precisos, la prohibición es la limitación de mayor intensidad. Más aun cuando el legislador utiliza la conjunción «o» entre los verbos «limitar» y «condicionar», de tal forma que dicha disyuntiva indica que se refiere a supuestos distintos y alternativos, reconociendo a la comunidad de propietarios facultades limitativas del derecho de dominio de los comuneros de mayor a menor intensidad.

En puridad, el verbo «limitar» es más idóneo que el verbo «prohibir» para hacer referencia a la prohibición de una forma concreta de ejercitar la facultad de uso y disfrute del derecho de propiedad. De tal forma que no se prohíbe la facultad de uso y disfrute de forma absoluta, sino que tan solo se restringe o se limita dicha facultad, pudiendo destinarse la vivienda a otros usos distintos al que la comunidad quiere prohibir. En este sentido, traemos a colación la Resolución de la DGDEJ de 6 de febrero de 2017 que declara que «*la limitación de uso no es una limitación absoluta de usar la vivienda como tal, sino a que sea explotada en una de las muchas formas de explotación posibles en ese concepto*».

Así pues, si la prohibición afecta estrictamente a una modalidad de ejercicio de la facultad de uso y disfrute del derecho de propiedad, es correcto utilizar el verbo «limitar».

La confusión viene generada por la desafortunada locución «*límite o condición de la actividad*» que contiene el artículo 17.12 de la LPH. La norma utiliza el verbo «limitar» para hacer referencia a la actividad objeto de prohibición, en lugar de hacer referencia al derecho de propiedad o a la facultad de uso y disfrute, como hubiere sido lo deseable.

b) La propia Ley de Propiedad Horizontal reconoce la legitimidad de cláusulas estatutarias prohibitivas en el artículo 7.2 al declarar que «*al propietario y ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos*».

c) Tanto el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 301/1993, de 21 de octubre; y Sentencia 28/1999, de 8 de marzo) como el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 729/2014, de 3 de diciembre; y Sentencia núm. 524/2013, de 1 de octubre) han declarado la validez de cláusulas prohibitivas de uso de elementos privativos en las comunidades de propietarios, si bien con sujeción a los siguientes límites⁹:

i) Han de constar en los propios estatutos de la comunidad. No cabe que se fijen en los reglamentos de régimen interior ya que no es este el objeto de estos últimos;

ii) La prohibición debe constar de forma expresa, debe ser clara y concisa. Puede formularse tanto en sentido positivo como negativo, siempre que sea clara (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2011, de 4 de marzo y 25 de junio de 2013);

iii) No pueden contravenir la moral, las buenas costumbres ni el orden público; y

iv) Tiene que existir un interés legítimo o atendible¹⁰. En boca del Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de febrero de 2017: «*En el ámbito de la propiedad*

horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad».. Afirma CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.¹¹ que el interés legítimo es evidente en estos casos pues se trata de evitar potenciales molestias que pueda generar la actividad de VUT.

d) No debe realizarse una interpretación restrictiva de la norma legal. Con buen criterio razona la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que el hecho de que la norma analizada tenga un contenido prohibitivo no debe determinar que se realice una interpretación restrictiva de la misma, cuando se puede constatar que la voluntad del legislador es precisamente la de aprobar una norma de esta naturaleza. En palabras de la directora: «Se trata de interpretar ajustadamente la norma, sin más. Y ello, precisamente dentro de un contexto y conforme a la realidad social vigente (3CC), cual es el marcado encarecimiento de los alquileres, siendo la razón de ser del RDL 7/2019, para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho a una vivienda digna, lo que arrastra a la permanencia del acuerdo de los comuneros. La regla según la cual puede prohibir la Comunidad la existencia dentro de ella de apartamentos turísticos, se encuentra en la propia modificación del artículo 17 LPH apartado 12, que, al contemplar el régimen de mayorías para acordarlo, está admitiendo la posibilidad del acuerdo y consecuentemente, facultando a la adopción del mismo».

A ello debemos añadir que nuestra LPH parte de una concepción restrictiva del derecho de propiedad del comunero¹², tal como es de ver en la redacción originaria del artículo 7 de la LPH, que rezaba así: «Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas. incómodas o insalubres».

Cabría añadir los siguientes argumentos que la resolución no menciona:

e) La normativa de propiedad horizontal catalana también utiliza el verbo «limitar» cuando se refiere a las cláusulas estatutarias que deben considerarse válidas en su artículo 553-2.e) del Código civil de Cataluña, habiendo fijado como doctrina la *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques* (Resoluciones de 9 de octubre de 2014 y de 6 de febrero de 2017) y la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia n.º 33/2016 de 19 de mayo; Sentencia n.º 74/2018 de 13 de septiembre; y Sentencia n.º 4/2019, de 24 de enero) la validez de los acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico.

Recordemos que el texto legal catalán es el antecedente legal en el que se ha basado la reforma legislativa del artículo 17.12 de la LPH. Lo más probable es que el legislador estatal, en un acto de vaguedad intelectual, se haya limitado a copiar el texto catalán, lo cual explicaría por qué se ha utilizado la desafortunada locución «limite o condicione el ejercicio de la actividad».

f) Apunta de forma ingeniosa CAMPUZANO TOMÉ, H.¹³ que los legisladores autonómicos (Galicia¹⁴, Canarias¹⁵ y Aragón¹⁶) prevén normativas administrativas que condicionan la concesión de licencias para la explotación de la actividad de VUTs en edificios divididos en propiedad horizontal a la ausencia de prohibición expresa comunitaria que lo impida, admitiendo así de forma implícita la validez de dichos acuerdos prohibitivos.

En particular, y por lo que respecta a aquellas limitaciones de uso consistentes en la prohibición de uso turístico, debemos manifestar que los tribunales ya venían admitiendo su licitud antes de la reforma de 2019 de la LPH (SAP Valencia, Sec. 11.ª, n.º512/2013 de 20 de noviembre de 2013; y SAP Barcelona, Sec. 16.ª, núm. 644/2003, de 8 de octubre).

A favor de la legitimidad de las reglas estatutarias prohibitivas de determinadas actividades también se pronunció en su día el gran jurista ROCA SASTRE¹⁷.

2. SOBRE LA VALIDEZ DEL ACUERDO COMUNITARIO PROHIBITIVO DE OTRAS MODALIDADES DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO: HOSPEDERÍA, ALQUILER VACACIONAL Y APARTAMENTO TURÍSTICO

La resolución analizada deniega la inscripción del acuerdo comunitario de prohibición de actividades de alojamiento turístico distintas de la modalidad de VUT porque para ello es necesario el quórum de unanimidad conforme a lo dispuesto en el artículo 17.6 de la LPH, siendo insuficiente la doble mayoría de 3/5 de propietarios y cuotas que obtuvo el acuerdo comunitario en cuestión. En particular, además del uso de VUT, el acuerdo comunitario hace referencia a los usos de hospedería, alquiler vacacional y apartamento turístico.

Nótese que tras la reforma del RDL 7/2019 el apartado 6 del artículo 17 de la LPH continúa estando plenamente en vigor, por lo que continúa exigiéndose unanimidad para la aprobación de todo acuerdo que modifique el título constitutivo o los estatutos comunitarios. Debemos partir de que es pacífico y consolidado el criterio de que todo acuerdo que limite el derecho de propiedad de los comuneros tiene naturaleza estatutaria¹⁸. Luego, todo acuerdo comunitario que limite el derecho de propiedad y que no forme parte del ámbito objetivo del nuevo apartado 12 del artículo 17 de la LPH se regirá por su apartado 6, exigiéndose pues unanimidad para su correcta adopción; sin perjuicio de que pueda convalidarse por el paso del tiempo, como veremos más adelante.

Si analizamos detenidamente el contenido del artículo 17.12 podemos apreciar el empecinamiento del «legislador» por restringir en exceso el ámbito objetivo de los acuerdos prohibitivos de actividad que no precisen de unanimidad hasta límites absurdos, al declarar que los acuerdos comunitarios a los se refiere son los que hacen referencia al «ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística». Para una mayor claridad expositiva sobre la cuestión traemos a colación el citado artículo 5.e) de la LAU:

«La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

Obsérvese que la actividad a la que se refiere el referido artículo 5.e) de la LAU es exclusivamente la de vivienda de uso turístico (VUT), y no otras modalidades de alojamiento turístico, como puede ser apartamentos turísticos, hoteles, albergues, hospederías, etc.

Si la voluntad del legislador con la aprobación de esta reforma fue dotar a las comunidades de propietarios de instrumentos jurídicos realmente eficaces para combatir la problemática convivencial derivada de las externalidades negativas de la actividad de alojamiento turístico, ¿qué sentido tiene que la norma solamente haga referencia a una modalidad concreta de alojamiento turístico, siendo el resto potencial e igualmente molestas? No hay razón jurídica que justifique dicha discriminación normativa, ni siquiera de política legislativa. Tal como ya dijimos en su día¹⁹, se trata de otro error de técnica legislativa, olvidando el

«legislador» con las prisas del momento que nada impide que se puedan instalar en un edificio residencial otras modalidades de alojamiento turístico distintas de la popularizada VUT, y que tampoco es infrecuente en la práctica.

Demos una vuelta de tuerca más para hacer más evidente lo absurdo del redactado de la norma legal. Pensemos en la asequible modalidad de alojamiento turístico de las habitaciones compartidas, tan popularizada hoy en día en zonas urbanas tensionadas y que ya viene regulada en algunas normativas sectoriales como es el caso de la flamante regulación del hogar compartido del nuevo Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña.

Fijémonos que el artículo 5.e) de la LAU hace referencia a «*la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda*», no englobando pues la cesión por habitaciones. Luego, ¿el acuerdo prohibitivo de actividad consistente en el arrendamiento de habitaciones para uso turístico exigiría unanimidad? Así es, conforme al contenido de la norma legal.

Puestos a copiar al legislador catalán copiemos también lo que hizo bien. El legislador catalán no cometió este burdo error; entre otras razones, porque el texto legal catalán fue fruto de un sesudo y reposado trabajo de la Comisión de Codificación de Cataluña, en cambio el texto estatal es un Real Decreto Ley que no fue trabajado por comisión técnica alguna, limitándose el Gobierno a dar audiencia a un grupo de expertos para conocer su opinión, nada más que eso. En este sentido, nótese que el artículo 553-26.2.a) del Código civil de Cataluña establece que para modificar el título de constitución y los estatutos es suficiente con el quórum de 4/5 de propietarios y cuotas, no exigiéndose pues unanimidad para acuerdos limitativos de la facultad de uso y disfrute de los comuneros sobre los elementos privativos, con independencia de cuál sea el uso particular que se quiere prohibir.

La problemática originada por la falta de rigor técnico de la norma legal ha sido resuelta por la resolución objeto de análisis correctamente, pues aun cuando el resultado de dicha interpretación resulte absurdo —se exige un quórum de 3/5 de propietarios y cuotas para prohibir la actividad de VUT, pero en cambio se requiere unanimidad para prohibir la actividad de hostel— hay que respetar el contenido de la norma legal, no pudiendo realizarse una interpretación *contra legem*, pues recordemos que *dura lex, sed lex*...

En idéntico sentido, y de forma muy contundente se ha pronunciado sobre la cuestión CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.²⁰.

3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE IRRETROACTIVIDAD DEL ACUERDO DE LIMITACIÓN DE ACTIVIDAD DE VUT

La problemática analizada consiste en la interpretación que debe darse al concepto jurídico indeterminado de la irretroactividad utilizado por el nuevo artículo 17.12 de la LPH.

En primer lugar, conviene precisar el error del legislador al utilizar el concepto de «irretroactividad» cuando a lo que realmente quiso referirse es a la eficacia u oponibilidad del acuerdo comunitario. Tal como razona ECHEVERRÍA SUMMERS, F.²¹, la protección de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos ha motivado que se incorpore en la norma de forma defectuosa la «irretroactividad» del acuerdo. ¿Acaso alguien duda de que cualquier acuerdo adoptado en junta tiene eficacia solo a partir de su adopción? Es evidente que la comunidad no puede exigir responsabilidad al propietario por haber llevado a cabo una actividad

concreta con anterioridad a la fecha de aprobación del acuerdo de desarrollo de la misma en el seno de la comunidad; por lo que es incuestionable que la eficacia no será retroactiva. Se confunde así entre lo que es la retroactividad del acuerdo, con lo que es su oponibilidad frente a determinados propietarios. De manera que, lo que de verdad se pretende al hablar de irretroactividad de la eficacia, es entender que esa alteración sustancial de una de las facultades del dominio no afectará y, por consiguiente, no será oponible, no será vinculante para la esfera dominical del propietario.

Dicha previsión normativa tiene su antecedente inmediato en el régimen especial de la propiedad horizontal previsto en el Libro Quinto del Código civil de Cataluña y, muy especialmente, en la Resolución de 6 de febrero de 2017 de la *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques* (DGDEJ) y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia num. 33/2016, de 19 de mayo, Sentencia núm. 74/2018, de 13 de septiembre, y Sentencia núm. 4/2019, de 24 de enero) que acogió la tesis de dicho centro directivo.

En dicha resolución de referencia se analizaba un acuerdo que establecía que *«ninguno de los departamentos del inmueble se podrá destinar a apartamento o a vivienda de uso turístico»*.

La registradora de la propiedad acordó suspender la inscripción porque el acuerdo *«no cuenta con el consentimiento de todos los propietarios(...) que es necesario porque (...) contiene una limitación de uso de los elementos privativos en lo que se refiere a actividades de apartamentos turísticos, por lo que se trata de un acto que afecta de forma individualizada los derechos de los propietarios»*.

La DGDEJ se cuestionó, en primer término, si una modificación del título constitutivo o de los estatutos puede establecer *ex novo* restricciones en el derecho de propiedad sin el consentimiento del propietario del elemento privativo afectado, un propietario que adquirió su propiedad en un momento en el que no existía la limitación que ahora se establece y que, por tanto, ve restringidas sus facultades de uso por una norma *ex post facto* que no ha consentido. En segundo lugar, se cuestionó si la modificación legal operada por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, ha de suponer un cambio en la doctrina mantenida por la DGDEJ bajo la vigencia de la antigua redacción del artículo 553-25.4 del Código civil de Cataluña, en el sentido de que precisaba el acuerdo para su inscripción el consentimiento expreso del propietario afectado, que no se consideraba obtenido en caso de oposición del mismo aunque luego no se impugnara el acuerdo, ni tampoco del copropietario que se abstuvo en la votación²².

A juicio de la DGDEJ ni la comunidad de propietarios puede limitar sustancialmente el uso de los elementos privativos por mucho que lo haga con la mayoría más que cualificada del 80%, ni uno o diversos propietarios en minoría pueden disfrutar de una especie de derecho de veto que impida a la mayoría la adopción de los acuerdos.

Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro de la Propiedad no figuraba inscrita dicha limitación de uso, no puede ser privado de este contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma comunitaria aprobada por el doble quórum reforzado del 80%, acceda al Registro, de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento, y se verán privados del uso que las normas comunitarias prohíban. En otras palabras, los propietarios disidentes podrán continuar usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron, mientras sean propie-

tarios. Incluso podrán modificar el elemento privativo para destinarlo al uso que los estatutos ahora prohíben, pero que cuando adquirieron el inmueble no estaba prohibido.

«En conclusión, dice la Resolución, la limitación de uso aprobada con el voto favorable de más del 80% es inscribible, si bien, sobre la base del principio general de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, no afectará al propietario actual que no ha prestado consentimiento expreso, pero sí a los futuros adquirentes de su elemento privativo, porque, cuando lo adquieran, la norma ya estará inscrita. Y, coherentemente, parece bueno subrayar que tanto la escritura de modificación de los estatutos como la inscripción habrán de ser cuidadosas y claras en dejar determinadas las entidades o los elementos privativos transitoriamente exceptuados de la limitación de usos acordada».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de mayo de 2016 se refiere a una demanda de cesación interpuesta por la comunidad de propietarios contra una vivienda de uso turístico que tenía licencia de actividad con anterioridad al acuerdo de prohibición del uso, pero todavía no se había iniciado la actividad en dicho momento. La comunidad de propietarios se basaba, para solicitar la cesación, en que la actividad estaba prohibida por los estatutos y además había producido reiteradas molestias. La sentencia de apelación había desestimado la demanda comunitaria en su totalidad. La comunidad interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Fueron estimados, pero respecto de la acción de cesación fundamentada en las molestias y actos incívicos de los usuarios de la vivienda. Nos interesa el razonamiento de la Sala respecto de la inaplicación del acuerdo comunitario que modificó los estatutos prohibiendo el uso turístico:

«cuestión distinta es que el cambio de destino sea oponible con efectos retroactivos a terceros que adquirieron los pisos o locales sin que constase inscrita la limitación en el Registro de la Propiedad al impedirlo el artículo 553-11.3 CCC y por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la CE».

En la Sentencia de 13 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en un caso en que había sido la propietaria del piso quien había impugnado un acuerdo comunitario de prohibición de usos turísticos que se había adoptado con posterioridad a la concesión de la licencia administrativa habilitante, ratifica los argumentos al respecto vertidos en su Sentencia anterior de 19 de mayo de 2016: un acuerdo comunitario que establece la prohibición de uso turístico en las viviendas del edificio es válido si se adecúa su aprobación a los quórum legales pero no es oponible, no vincula al propietario que lo era en ese momento y que se opuso al acuerdo. Ese acuerdo sí sería eficaz y oponible a los propietarios actuales que no se opusieron al mismo, y una vez inscrito en el Registro de la Propiedad, a los futuros adquirentes.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 4/2019, de 24 de enero, confirma la doctrina de las sentencias dictadas con anterioridad y declara que la obtención de la habilitación administrativa correspondiente para destinar la vivienda a uso turístico no vincula a la comunidad de propietarios que había establecido con anterioridad una prohibición de actividad de alojamiento turístico en el edificio que constaba inscrita en el Registro de la Propiedad en el momento en que el afectado adquirió la vivienda, por lo que quedó vinculado por dicha prohibición estatutaria.

Así pues, no cabe duda de que la intención del legislador estatal al introducir la locución «*estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos*» en el artículo 17.12 de la LPH era evitar la problemática interpretativa surgida en Cataluña en torno a la oponibilidad del acuerdo comunitario de carácter prohibitivo.

Al respecto, nótese que el texto legal catalán no contiene excepción alguna a la vinculación u oponibilidad de esta tipología de acuerdos comunitarios, razón por la que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la novedosa teoría de la vinculación limitada de las normas comunitarias ha sido muy criticada por la doctrina²³. Con razón, si la norma no prevé excepción alguna al principio de vinculación universal de los acuerdos comunitarios del artículo 553-30.1 del Código civil de Cataluña, no procede declarar la no vinculación de dichos acuerdos comunitarios a determinados propietarios, bajo el argumento de querer garantizar la seguridad jurídica, pues precisamente se consigue el efecto jurídico contrario, al vulnerar dicho principio rector del régimen jurídico de la propiedad horizontal.

Contrariamente a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, negamos que sea indispensable sacrificar el principio rector de la vinculación universal de los acuerdos comunitarios para garantizar la protección de la seguridad jurídica en estos casos, pues el propietario perjudicado del acuerdo dispone de los instrumentos jurídicos suficientes para impugnar dicho acuerdo si este le es perjudicial, esto es, la acción de impugnación de acuerdos comunitarios (art. 553.-31 CCC). Y entonces ustedes replicarán²⁴; pero claro el Tribunal Superior de Justicia construyó esta doctrina porque la solución que usted propone de la vía de la impugnación provocaría un efecto indeseado para la comunidad de propietarios consistente en que el acuerdo prohibitivo quedaría anulado, cuando si aplicamos la doctrina de la vinculación limitada al menos conseguimos garantizar la validez del acuerdo en tanto que esa es la voluntad de la inmensa mayoría de los comuneros. Pues sí, es cierto, pero es que eso es lo que quiso el legislador catalán al no establecer ninguna excepción al principio de vinculación universal en estos casos; como en cambio sí se previó de forma expresa en el artículo 17.12 de la LPH. Luego, de haberlo querido, el legislador catalán tan solo tendría que haber previsto dicha excepción al principio de vinculación universal de los acuerdos comunitarios. Nuevamente *sed lex, dura lex*.

En la RDGSJFP de 16 de junio de 2020 se resuelve esta cuestión determinando que el acuerdo prohibitivo de actividad de VUT no vinculará a los comuneros que vinieran ejerciendo dicha actividad con anterioridad al momento de la adopción del acuerdo comunitario, en aplicación de la «irretroactividad» del acuerdo que prevé el artículo 17.12 de la LPH.

Este es el alcance que la DGSJFP da al concepto jurídico indeterminado de la irretroactividad, aportando la tan ansiada seguridad jurídica. No obstante, aún quedan interrogantes por resolver sobre el alcance de dicho concepto jurídico indeterminado. ¿Y si el propietario no ejercitaba la actividad, pero había realizado actos preparatorios para ello, como la solicitud de licencia administrativa para el ejercicio de dicha actividad? ¿Y si el propietario no ejercitaba la actividad, pero tenía la expectativa de ejercerla en un futuro?

Tal como manifesté en su día²⁵, el legislador estatal podría haber sido más conciso en cuanto al alcance de dicha «irretroactividad» y concretar si el acuerdo vincula a los propietarios que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Propietarios disidentes que, en el momento de la adopción del acuerdo, no hubieran iniciado la actividad de uso turístico en su vivienda ni hubieran

realizado actos preparatorios para ello, pero que tenían expectativas de realizar dicha actividad en un futuro.

b) Propietarios disidentes que, aun no habiendo iniciado dicha actividad, hubieran realizado actos preparatorios para ello, como es la solicitud de la habilitación administrativa necesaria para realizar dicha actividad.

c) Propietarios disidentes que hubieran iniciado la actividad en el momento de adopción del acuerdo de prohibición.

Otra interpretación posible a tener en cuenta del concepto de irretroactividad utilizado por la norma legal analizada es la que plantea el notario recurrente de la RDGSJFE de 19 de diciembre de 2019, manifestando que dicha irretroactividad de la norma se refiere a que dicho quórum especial no es de aplicación cuando en dicha comunidad de propietarios ya se hubiera regulado la cuestión del uso de viviendas turísticas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal, esto es, con anterioridad a 6 de marzo de 2019²⁶. Planteamiento recurrente a tener en cuenta.

Tampoco el artículo 17.12 de la LPH exige que el propietario tenga que oponerse al acuerdo para que no le vincule, lo cual entendemos como un requisito necesario en virtud de la doctrina de los actos propios (SSTS de 9 de abril de 2015 y de 6 de febrero de 2014).

Otra cuestión de interés de la resolución analizada es la relativa a la exigencia del quórum de unanimidad del artículo 17.6 de la LPH. Afirma la Directora General que «solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto); e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad» a que se refiere el párrafo tercero de la de la regla 7 del mismo artículo 17».

No compartimos esta afirmación, pues aun cuando el acuerdo no haya obtenido la unanimidad requerida, el acuerdo quedará convalidado transcurrido el plazo de caducidad del año para impugnar dicho acuerdo por el disidente, sin necesidad de acudir a los tribunales para que el juez declare dicha validez por la vía del juicio de equidad o del declarativo pertinente. Así lo viene declarando de forma pacífica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 342/2018, de 7 de junio; núm. 131/2014, de 5 marzo; de 23 de diciembre de 2014; núm. 445/2007, de 18 de abril):

«... La doctrina jurisprudencial que, con alguna excepción, cita la Sentencia de la Audiencia (SSTS de 24 de septiembre de 1991, 26 de junio de 1993, 7 de junio de 1997 y 26 de junio de 1998), sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal, es, como recuerda la sentencia de 5 de mayo de 2000, la que se viene manteniendo como más acertada por la moderna doctrina de esta Sala. Más recientemente, las sentencias de 7 de marzo de 2002, de 25 de enero y 30 de diciembre de 2005, explican las diferencias entre nulidad (que es la que se propugna en el caso) y anulabilidad, sujeta a caducidad, y recuerdan que la jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso, pero en cualquier caso referida al texto de la Ley de Propiedad Horizontal anterior a su reforma por la Ley 8/99, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros

acuerdos que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código civil y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. Consecuentemente, siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, como es el caso, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y aún así el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión...» (STS núm. 445/2007, de 18 de abril)

«Esta Sala viene declarando, entre otras, en la sentencia de 17 de diciembre de 2009 que:

Con igual posición, la STS de 18 de abril de 2007 (RJ 2007, 2073), en su fundamento de derecho tercero, en el párrafo segundo, dice lo que se expone acto continuo: La doctrina jurisprudencial que, con alguna excepción, cita la sentencia de la Audiencia SSTS de 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6278), 26 de junio de 1993 (RJ 1993, 4789), 7 de junio de 1997 (RJ 1997, 6147) y 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5018) sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal, es, como recuerda la sentencia de 5 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3990), la que se viene manteniendo como más acertada por la moderna doctrina de esta Sala. Más recientemente las sentencias de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4152), 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 1200) y 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1212) explican las diferencias entre nulidad y anulabilidad, sujeta a caducidad, y recuerdan que la jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de Ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código civil, y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo (...). Es razón por la que no es posible reprochar a la sentencia recurrida la infracción denunciada en el recurso, puesto que se sustenta en una línea jurisprudencial ya superada. Antes al contrario el criterio sostenido, no solo es el correcto, sino el mismo que se mantiene tras la redacción dada por Ley 8/1999, de 6 de abril, en el sentido de someter la impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios a las reglas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, con un plazo más amplio y el añadido de nuevos supuestos de impugnación y el abandono de la exigencia de la unanimidad para determinados acuerdos». (STS núm. 131/2014, de 5 de marzo).

No obstante, debemos recordar que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la anulabilidad de los acuerdos contrarios al régimen de propiedad horizontal no es compartida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La respuesta de la jurisprudencia catalana es contraria a la posibilidad de convalidación del acuerdo en el caso de acuerdos que no son válidos por falta de quórum²⁷:

«Los acuerdos adoptados sin las mayorías necesarias, como acontece en el caso enjuiciado, al emanar de un quórum que hace inviable, en absoluto, el acuerdo,

por haberse adoptado por una mayoría de propietarios que no tenía la mayoría de cuotas (art. 553-25.5 CCCat.) lo que comporta, por ello, una nulidad de «pleno iure» sin posibilidad de convalidación». (STSJC núm. 49/2012, de 26 de julio).

Cuestión distinta es que a efectos estrictamente registrales el acuerdo comunitario que no obtenga el quórum legalmente exigible no sea inscribible en el Registro de la Propiedad.

III. CONCLUSIONES

La resolución analizada es de suma importancia pues constituye el primer precedente interpretativo del nuevo apartado 12 del artículo 17 de la LPH que introdujo el RDL 7/2019, que, aun no siendo vinculante para los tribunales, bien seguro será tenido en cuenta por ellos cuando tengan que resolver sobre esta compleja cuestión, dada su claridad expositiva y sólida argumentación.

Es de agradecer que la DGSJFP haya realizado un profundo y exhaustivo análisis sobre la problemática interpretativa causada por la deficiente técnica legislativa, habiendo tenido en cuenta lo escrito sobre la materia por la doctrina científica y aportando la necesaria seguridad jurídica que los operadores jurídicos tanto ansiábamos desde que entró en vigor la norma legal el día 6 de marzo de 2019.

En este sentido, constatamos que la labor hermenéutica realizada por la DGSJFP es impecable, al haber priorizado el espíritu de la norma, sin dejar de tener en cuenta el contexto normativo, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y los precedentes legales sobre la materia, todo ello cumpliendo escrupulosamente con el artículo 3.1 de nuestro Código civil.

Como decíamos, la Resolución de 16 de junio de 2020 constituye el primer precedente de la doctrina administrativa, no existiendo a la fecha de la preparación del presente estudio aun precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

Veremos si los tribunales adoptan la tesis acogida por este Centro Directivo, por un lado, en torno a la validez del acuerdo prohibitivo de actividad de alojamiento turístico, con especial interés en la de VUT y, por otro lado, en torno a la eficacia de dicho acuerdo comunitario prohibitivo. Siendo este segundo extremo el que, a mi juicio, planteará mayores discrepancias en los tribunales, a la vista de que existen ya dos criterios encontrados: a) el del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la *Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya* sobre la «irretroactividad» máxima del acuerdo prohibitivo y b) el de este Centro Directivo que aboga por una tesis más acorde con la naturaleza jurídica de este régimen especial de propiedad privada en el que la permanente tensión entre el interés común y el individual se resuelve a favor del primero²⁸. En palabras de la Directora General:

«La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973)».

En la práctica, la no vinculación por los tribunales de esta doctrina administrativa se traduce en que puede darse la circunstancia en la práctica de

que un acuerdo comunitario de prohibición de actividad de VUT se inscriba en el Registro de la Propiedad aportando la necesaria seguridad jurídica a la comunidad de propietarios, pero que la impugnación de dicho acuerdo comunitario termine prosperando en los tribunales, quedando anulado dicho acuerdo. Con ello quisiera aprovechar para dar *un aviso a navegantes* de que no se confíen, ya que la inscripción de estos acuerdos comunitarios no tiene carácter constitutivo, y por tanto, no es garantía de validez ni de eficacia de dichas normas comunitarias, ya que lamentablemente aún queda mucho camino por recorrer para dotar a la normativa jurídica en cuestión —artículo 17.12 de la LPH— de la necesaria seguridad jurídica y evitar litigiosidad sobre la materia. La DGSJFE ya ha hecho su trabajo de forma muy solvente respetando el principio de primacía del interés común sobre el particular del individuo que debe garantizarse en sede de propiedad horizontal. Ahora es el turno de nuestros tribunales.

IV. ÍNDICE DE NORMAS CITADAS

- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE núm. 176, de 23/07/1960)
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25/11/1994)
- Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE núm. 86, de 10/04/2019)
- Resolución de 16 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad n.º. 37 de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una comunidad de propietarios en virtud de la cual se modifican los estatutos de la misma (BOE núm. 209, de 3/08/2020)
- *Aragón*: Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico
- *Cataluña*: Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña.
- *Galicia*: Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico de la comunidad autónoma de Galicia
- *Islas Canarias*: Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 21 de octubre de 1993, núm. 301/1993
- STC de 8 de marzo de 1999, núm. 28/1999

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de abril de 2007, núm. 445/2007
- STS de 1 de octubre de 2003, núm. 524/2013
- STS de 5 de marzo de 2014, núm. 131/2014
- STS de 9 de abril de 2015, núm. 201/2015
- STS de 1 de febrero de 2017, núm. 573/2015
- STS de 7 de junio de 2018, núm. 342/2018
- STS de 3 de diciembre de 2014, núm. 729/2014

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2012, núm. 49/2012
- STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2016, núm. 33/2016
- STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2018, núm. 74/2018
- STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2019, núm. 4/2019

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona, Sec. 11.^a, núm. 644/2003, de 8 de octubre de 2003
- SAP de Valencia, Sec. 11.^a, núm. 512/2013, de 20 de noviembre de 2013

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 16 de junio de 2020
- Resolución de 19 de diciembre de 2019

DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I ENTITATS JURÍDIQUES DE CATALUNYA

- Resolución de 6 de febrero de 2017
- Resolución de 7 de enero de 2015
- Resolución de 15 de octubre de 2015
- Resolución de 14 de julio de 2015
- Resoluciones de 9 de octubre de 2014

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2002). Comentario al artículo 7.2 de la LPH. En R. Berco-vitz (coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*. Madrid: Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi.
- BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. (2019). La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 3040-3060.
- CAMPUZANO TORNE, M.H. (2019). *Las viviendas de uso turístico: marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*. Madrid: Reus, 177-178.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Junio de 2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 3-33.
- (2018a). *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Reus.
- (2018b). Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho. *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 53-88.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. (Junio-agosto de 2020). La oponibilidad de los acuerdos comunitarios limitativos de viviendas de uso turístico. A. Fuentes-Lojo Rius (coord.). *Actualidad Civil*, núm. 7-8, Ed. Wolters Kluwer.
- (2018). Viviendas de uso turístico: ¿cómo protege la ley a las comunidades de vecinos? *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho* [en línea]; disponible en <https://elderecho.com/viviendas-de-uso-turistico-como-protege-la-ley-a-las-comunidades-de-vecinos>.
- (2000). *El Estatuto de la Propiedad Horizontal. Análisis del ámbito de actuación de los particulares en la Propiedad Horizontal a través de la figura del estatuto*. Madrid: Comares.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Barcelona: Bosch.
- (2018). *Conflictos legales en torno a las viviendas de uso turístico*. Barcelona: Bosch.
- (2015). *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal de Cataluña*. Barcelona: Bosch.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020). Apartamentos turísticos: insuficiencia del quórum de 3/5 de propietarios y cuotas para autorizar el uso de una vivienda de uso turística, que estaba prohibido. DGRN, de 19 de diciembre de 2019, *Revista Sepín Jurisprudencia comentada*. Ed. Sepín.
- (Diciembre de 2019). El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico. *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer.
- (Enero de 2019). El Real Decreto Ley 21/2018: problemática del arrendamiento de vivienda para uso turístico en las comunidades de propietarios. *Revista Abogacía* [en línea]; disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-real-decreto-ley-21-2018-problematica-del-arrendamiento-de-vivienda-para-uso-turistico-en-las-comunidades-de-propietarios/>
- (Julio-agosto de 2018). Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble, ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al régimen interior de la comunidad? *Actualidad Civil*, núm. 7-8, Ed. Wolters Kluwer.
- (2018). Medidas legales para una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: la regla de la unanimidad debe quedar relegada a los supuestos estrictamente necesarios. *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., VALLEJO ROS, C. (2019), Problemàtica del lloguer d'habitatge per a ús turístic a les comunitats de propietaris, en M. Lagarreta Fontelles, J. Sacristán Tarragó, M. Serra Camús (dir.), *El régimen de Propiedad Horizontal en Catalunya: doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Aranzadi, 157-169.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018). *Ley de Propiedad Horizontal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, normas complementarias e índice analítico*. A Coruña: Colex.

- (2015). *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal de Cataluña*. Barcelona: Bosch.
- FUENTES LOJO, J.V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES-LOJO RIUS A. (2009). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Tomos I y II. Barcelona: Bosch.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 496-512.
- GISBERT (1962). Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal. *Pretor*, núm. 7, 14.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). *Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios*. Madrid: Sepín.
- MAGRO SERVET, V. (Enero de 2019). Consecuencias del Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, sobre la duración del contrato de arrendamiento y la prohibición de alquiler vacacional. *Revista de Jurisprudencia Lefebvre- El Derecho* [en línea], núm. 1, disponible en <https://elderecho.com/consecuencias-del-real-decreto-ley-21-2018-14-diciembre-la-duracion-del-contrato-arrendamiento-la-prohibicion-del-alquiler-vacacional>.
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2019). Viviendas turísticas y comunidad de propietarios: *status quaestiones* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2221-2276.
- ROCA SASTRE, R.M.^a. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2008). *Derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch, 353.

NOTAS

¹ STC de 21 de octubre de 1993, núm. 301/1993 y STS de 8 de marzo de 1993, núm. 28/1999.

² FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Barcelona: Bosch, 377-378.

³ FUENTES-LOJO RIUS, A. (enero de 2019). El Real Decreto Ley 21/2018: problemática del arrendamiento de vivienda para uso turístico en las comunidades de propietarios. *Revista Abogacía* [en línea]; disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-real-decreto-ley-21-2018-problematika-del-arrendamiento-de-vivienda-para-uso-turistico-en-las-comunidades-de-propietarios/>

⁴ Reproducimos el siguiente pasaje de interés del preámbulo del RDL 7/2019: «Este desigual y heterogéneo comportamiento del mercado del alquiler de vivienda pone de manifiesto la existencia de diversos factores que inciden en esta evolución, y que constituyen el segundo motivo que justifica la urgencia y extraordinaria necesidad de las medidas. Se observa que el incremento de los precios del mercado de la vivienda ha sido particularmente intenso en entornos territoriales de fuerte dinámica inmobiliaria caracterizados por una mayor actividad turística desarrollada sobre el parque de viviendas existente. Ello se pone de manifiesto si se analiza la evolución de los precios en los últimos años: las provincias en las que los precios de la vivienda se han incrementado con mayor intensidad han sido Madrid, Barcelona, Las Palmas, Baleares, Málaga y Santa Cruz de Tenerife. No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad».

⁵ MAGRO SERVET, V. (enero de 2019). Consecuencias del Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, sobre la duración del contrato de arrendamiento y la prohibición de

alquiler vacacional. *Revista de Jurisprudencia Lefebvre- El Derecho* [en línea], núm. 1, disponible en <https://elderecho.com/consecuencias-del-real-decreto-ley-21-2018-14-diciembre-la-duracion-del-contrato-arrendamiento-la-prohibicion-del-alquiler-vacacional>.

⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (junio de 2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 3-33.

⁷ MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2019). Viviendas turísticas y comunidad de propietarios: *status quaestiones* y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, 2246-2247.

⁸ BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. (2019). La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 3040-3060.

⁹ GISBERT (1962). Las limitaciones referentes al uso en la propiedad horizontal. *Pretor*, núm. 7, 14.

¹⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. (2002). Comentario al artículo 7.2 de la LPH. En R. Bercovitz (coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad horizontal*. Madrid: Aranzadi.

¹¹ Id. 6

¹² ECHEVERRÍA SUMMERS, F. (Junio-agosto de 2020). La oponibilidad de los acuerdos comunitarios limitativos de uso turístico. A. Fuentes-Lojo Rius (coord.). *Actualidad Civil*, núm. 7-8, Ed. Wolters Kluwer.

¹³ CAMPUZANO TORNÉ, M.H. (2019). *Las viviendas de uso turístico: marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*. Madrid: Reus, 177-178.

¹⁴ Dispone el artículo 41.5 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia que «*El destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre, o está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal*».

¹⁵ Dispone el artículo 12.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias que «*Cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la Comunidad de propietarios*».

¹⁶ Dispone el artículo 14.2.f) del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón, que «*En el caso de las viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico*».

¹⁷ ROCA SASTRE, R.M.^a. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2008). *Derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch, 353.

¹⁸ FUENTES-LOJO RIUS, A. (Julio-agosto 2018). Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble, ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al régimen interior de la comunidad? *Actualidad Civil*, núm. 7-8, Ed. Wolters Kluwer.

¹⁹ FUENTES-LOJO RIUS, A. (diciembre de 2019). El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico. *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer.

²⁰ Id. 6.

²¹ Id. 12.

²² FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019), *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Barcelona: Bosch.

²³ ECHEVERRÍA SUMMERS, F. (2018). Viviendas de uso turístico: ¿cómo protege la ley a las comunidades de vecinos? *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho* [en línea]; disponible en <https://elderecho.com/viviendas-de-uso-turistico-como-protege-la-ley-a-las-comunidades-de-vecinos>.

²⁴ Esta fue la controversia jurídica que se suscitó entre la Magistrada Maria Àngels GOMIS MASQUÉ y un servidor en la ponencia que ambos impartimos sobre la materia

en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona con motivo de las Jornadas de la Revista Jurídica de Cataluña «*El régimen de la Propiedad Horizontal en Cataluña: doctrina y jurisprudencia*» que tuvieron lugar los días 27 y 28 de febrero de 2020.

²⁵ Id. 19.

²⁶ FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020). Apartamentos turísticos: insuficiencia del quórum de 3/5 de propietarios y cuotas para autorizar el uso de una vivienda de uso turística, que estaba prohibido. DGRN, de 19 de diciembre de 2019, *Revista Sepín Jurisprudencia comentada*. Ed. Sepín.

²⁷ FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2015). *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal de Cataluña*. Barcelona: Bosch.

²⁸ FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018). Medidas legales para una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: la regla de la unanimidad debe quedar relegada a los supuestos estrictamente necesarios. *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer.

1.3.1. Derecho hipotecario

La imprecisión del vencimiento anticipado como exclusión de la mora del deudor por un incumplimiento relativo

Broad early termination clause as an exclusion of consumer default for breach of contract

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES*

*Profesora doctora de Derecho civil, acreditada a profesor contratado doctor
Universidad de Cádiz*

RESUMEN: Este trabajo examina la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. La jurisprudencia europea, emitida en la Sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los Autos de 3 de julio de 2019, establece la posibilidad de integrar legalmente dicha cláusula en aras de la máxima conservación del contrato, pues lo contrario expone al consumidor a la restitución de las prestaciones derivada de la retroactividad máxima por la nulidad del contrato. El Tribunal Supremo ha adoptado esta doctrina en su Sentencia de 11 de septiembre de 2019, ampliándola con unas orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso. Asimismo, ha extendido parcialmente esta doctrina a los préstamos personales en sus Sentencias de 12 y 19 de febrero de 2020.

ABSTRACT: The paper deals with abusive early termination clause. European case law, set on 26 March 2019 and on 3 July 2019, establishes legal integration to preserve the contract in force. At the same time, prevent consumer's assumption of the retroactive effect, arise from contract nullity. The Spanish Supreme Court adopted this European criterion on 11 September 2019, and established case law guidelines for foreclosure procedures in progress with respect to the early termination clause. Recently, has partially extended its doctrine to consumer loans on 12 and 19 February 2020.

PALABRAS CLAVE: Cláusula de vencimiento anticipado. Protección del consumidor. Préstamo con consumidores. Ejecución hipotecaria. Cláusula abusiva.

* Este trabajo se enmarca en las actividades del Proyecto de investigación fundamental no orientada «Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral» (DER 2016-74971-P), del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. IP: María Dolores CERVILLA GARZÓN.

KEY WORDS: Early termination clause. Consumer protection. Consumer loan. Foreclosure. Abusive clause.

SUMARIO: I. REFLEXIONES ACERCA DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—II. JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO: SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2019 Y AUTOS DE 3 DE JULIO DE 2019: 1. CUESTIONES PREJUDICIALES DEL PRONUNCIAMIENTO. 2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2019: REMEDIO DE ADAPTACIÓN DEL CONTRATO Y LÍMITES A LA INTEGRACIÓN JUDICIAL. 3. LA PROCEDENCIA DEL REMEDIO DE ADAPTACIÓN DEL CONTRATO Y LOS INTERESES MORATORIOS POR UN INCUMPLIMIENTO RELATIVO VS. NULIDAD PARCIAL, RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES E INTEGRACIÓN JUDICIAL DE PRECIO. 4. AMPLIACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS AUTOS DE 3 DE JULIO DE 2019.—III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y DE 19 DE FEBRERO DE 2020: 1. ATRIBUCIÓN DE LOS GASTOS Y TRIBUTOS AL CONSUMIDOR Y ASEGURAMIENTO DE LA FINCA HIPOTECADA. 2. DOCTRINA SOBRE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: DE LA NULIDAD PARCIAL Y LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES A LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO Y LA MORA DEL DEUDOR. 3. TRATAMIENTO JUDICIAL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CURSO. 4. EL TRATAMIENTO LEGAL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS PERSONALES: LAS SENTENCIAS DE 12 Y 19 DE FEBRERO DE 2020.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. REFLEXIONES ACERCA DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El control de abusividad que asiste al consumidor permite establecer el estándar sobre la adecuación de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos B2C. En particular, se centra en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente, así como el control de contenido de las Condiciones Generales de la Contratación. Este control de abusividad tiene como criterios informadores los contenidos en la Sentencia¹ del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 (ADÁN, 2019:1-8; DÍAZ, 2019:520-574), emitida a resultas de dos cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles.

Las cláusulas de vencimiento anticipado (MARTÍN, 2019:561-636) examinadas en todos los pronunciamientos a los que nos referiremos presentan una abusividad que deriva de su redactado, y no de la desvinculación del contrato prevista en caso de incumplimiento de la prestación principal del deudor. Por su amplitud e imprecisión, dichas cláusulas habilitan a la entidad financiera a declarar vencido el préstamo por cualquier impago y sin requerimiento previo, así como a exigir judicialmente la totalidad de la deuda, junto con los intereses, demoras, gastos y costas. Ello amparaba la posibilidad de que dicho vencimiento anticipado se produjese por un único impago de la obligación principal o las accesorias y sin intimación de la mora del deudor, aun cuando fuera solvente y el cumplimiento extemporáneo de la prestación y el interés moratorio satisficiese el interés del acreedor, en aras de la máxima conservación del contrato. En este caso, la exclusión convencional de la mora del deudor *ex* artículo 1100.2 del Código civil sería improcedente, porque el plazo del cumplimiento no es determinante para el establecimiento de la obligación; una cláusula de vencimiento anticipado tan abierta, en realidad, produce este efecto indirectamente.

El redactado de las cláusulas enjuiciadas habilita el vencimiento anticipado del préstamo por cualquier impago, la reclamación de la deuda y, en su caso, la ejecución de la garantía real, aun siendo un incumplimiento relativo que posibilita el cumplimiento extemporáneo y la aplicación de remedios privados de adaptación del contrato: la aplicación de los intereses moratorios o la renegociación del plazo de amortización por insolvencia. En ninguno de los pronunciamientos que examinaremos a lo largo de este trabajo se contiene la posibilidad de satisfacer el interés del acreedor mediante los intereses moratorios y sin acudir al vencimiento anticipado, ni la exclusión convencional *de facto* que entraña dicha cláusula, improcedente conforme a la legislación civil. Por ello, el objeto del presente trabajo consistirá en atender a los fundamentos de la jurisprudencia europea referida a los préstamos hipotecarios, la traslación de su doctrina al derecho español, así como la ampliación y adaptación parcial de estos criterios a los préstamos personales.

II. JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO: SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2019 Y AUTOS DE 3 DE JULIO DE 2019

1. CUESTIONES PREJUDICIALES DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sentencia de 26 de marzo de 2019, a la que nos hemos referido, alude a dos casos en los que el asunto controvertido afecta a las cláusulas de vencimiento anticipado y de gastos notariales y registrales. En el primer asunto C 70/17, la entidad financiera Abanca Corporación Bancaria S.A. concedió el 30 de mayo de 2008 un préstamo hipotecario a G. S. S. y V. P., por un importe de 100.000 euros y un plazo de devolución de 30 años. En relación con la predisposición de estas cláusulas en el contrato de préstamo hipotecario, el deudor hipotecario G. S. S. demandó a la entidad financiera por la nulidad de diversas cláusulas abusivas. El Juzgado de Primera Instancia competente estimó la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de la cláusula de vencimiento anticipado, y la Audiencia Provincial de Pontevedra confirmó dicho pronunciamiento en su Sentencia de 14 de mayo de 2014. Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo que, a diferencia de otras ocasiones en las que se pronunció desoyendo los fundamentos europeos de la protección del consumidor mediante la integración judicial de cláusulas contractuales abusivas, formuló dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Por una parte, planteó si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 admite la posibilidad de suprimir la parte de la cláusula de vencimiento anticipado que la haga abusiva, manteniendo la validez para el resto de supuestos, con independencia de que el juicio de abusividad deberá diferirse al momento del ejercicio de la facultad. En segundo lugar, consultó si un tribunal nacional tiene facultades para integrar una cláusula abusiva mediante la aplicación supletoria de una norma nacional, aunque esta acción determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra un consumidor. El fundamento de esta segunda cuestión prejudicial es que ello resulta más favorable que sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, favorable para el consumidor, y permitir al acreedor resolver el contrato e instar un procedimiento de ejecución ordinaria y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, carente de estos beneficios.

Respecto del segundo asunto C 179/17, la entidad financiera Bankia S.A. celebró un préstamo hipotecario el 22 de junio de 2005 con R. R. y L. M., por un importe de 188.000 euros y un plazo de devolución de 37 años. Dicho prés-

tamo hipotecario contenía una cláusula por la que el acreedor podía declarar el vencimiento anticipado de la deuda en su totalidad, entre otros supuestos, por el impago de uno, varios o todos los pagos establecidos en la cláusula relativa a la amortización. Tras el impago de 36 cuotas, Bankia S.A. presentó una demanda de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Barcelona, que remitió tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. La primera cuestión prejudicial se refiere a la compatibilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, vertida en la Sentencia² de 18 de febrero de 2016 (JIMÉNEZ, 2016:1677-1705), con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13. De conformidad con este pronunciamiento, a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y aunque fundamente la demanda ejecutiva, no debe archivarse la ejecución hipotecaria porque su continuación es más beneficiosa para el consumidor; lo contrario, es decir, la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento declarativo basado en el artículo 1124 del Código civil, le priva de los privilegios procesales propios de la ejecución hipotecaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo olvida que, según su propia jurisprudencia consolidada, este artículo 1124 del Código civil, previsto para los contratos que generan obligaciones recíprocas, no es aplicable al contrato de préstamo hipotecario, por tratarse de un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la entrega del capital. En consecuencia, el consumidor puede obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria, y no cabe sostener que la continuación de la ejecución hipotecaria le resulte más beneficiosa.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el tribunal plantea si, en el caso de admitirse la aplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamo, dicha doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se opondría a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13. Señala que esta doctrina no tiene en cuenta que en el procedimiento que propone puede desestimarse la resolución del contrato y la petición indemnizatoria si el tribunal aplica la previsión, también contenida en el artículo 1124 del Código civil; conforme a este, cabe que el tribunal establezca la resolución del contrato en caso de que no existan causas justificadas que le autoricen para señalar un plazo. Asimismo, indica que, en un plazo de larga duración como el de los préstamos hipotecarios, es probable que los tribunales apliquen esta causa de desestimación, especialmente en el caso de incumplimiento relativo de la obligación. Finalmente, la tercera cuestión prejudicial se refiere a la compatibilidad de la ejecución hipotecaria y los efectos del vencimiento anticipado, por los beneficios que supone para el consumidor en contraposición con la ejecución ordinaria. En tal caso, el tribunal cuestiona si la doctrina jurisprudencial indicada se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, por aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC a pesar de que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado. Además, otorga eficacia a dicho precepto a pesar de la falta de su presupuesto fundamental: la existencia en el contrato de un convenio válido y eficaz de vencimiento anticipado, que haya sido declarado abusivo, nulo e ineficaz.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2019

Por razón de la conexidad entre los asuntos señalados, el Tribunal de Justicia decidió acumularlos en la Sentencia objeto de examen (ORTIZ, 2019:533-552). Considera que las cláusulas abusivas relativas al vencimiento anticipado del préstamo deben integrarse con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, una solución

alumbrada por la doctrina española (SENÉS, 2018:151-162). En este caso, el vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades se ve reequilibrado con la aplicación de esta norma, pues la asimetría negocial del consumidor se manifiesta en el incumplimiento del control de transparencia³: en particular, la buena fe y el equilibrio negocial que requiere cualquier cláusula no negociada individualmente, por el control de abusividad que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13.

El Tribunal de Justicia manifiesta que los artículos 6.1 y 7 de la Directiva 93/13 se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente, mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, pues ello equivale a la integración judicial. Por otra parte, el Tribunal de Justicia indica que los artículos 6.1 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional remedie la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que la inspiró cuando, en caso contrario, el contrato no pueda subsistir y ello exponga al consumidor a las consecuencias negativas derivadas de la nulidad del contrato y el carácter retroactivo de las prestaciones ejecutadas.

3. LA PROCEDENCIA DEL REMEDIO DE ADAPTACIÓN DEL CONTRATO Y LOS INTERESES MORATORIOS POR UN INCUMPLIMIENTO RELATIVO VS. NULIDAD PARCIAL, RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES E INTEGRACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO

El Tribunal de Justicia recuerda, de nuevo, al Tribunal Supremo que la integración judicial de una cláusula abusiva está vetada, por contravenir las consecuencias propias de la nulidad parcial del contrato, salvo cuando ello impida su máxima conservación y exponga al consumidor a las consecuencias de la retroactividad máxima derivada de la nulidad total. Esta interpretación respecto de la integración judicial de las cláusulas abusivas y sus límites tiene como fundamento su oposición⁴ a los artículos 6.1 y 7 de la Directiva 93/13, pues de una cláusula abusiva debe derivarse la nulidad parcial del contrato y la restitución de las prestaciones que la integran, manteniendo la ejecución del resto del contrato. En consecuencia, el artículo 6.1 se opone a que una norma de Derecho interno permita al juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de una cláusula abusiva, pues ello impide la consecución del efecto disuasorio de la nulidad parcial, previsto en el artículo 7 por la predisposición de cláusulas abusivas en los contratos B2C.

No obstante, y de conformidad con los supuestos que han originado las cuestiones prejudiciales, la integración judicial⁵ de las cláusulas abusivas por una disposición nacional está permitida en dos casos. En primer lugar, cuando el consumidor se oponga a ello; esta circunstancia no se produce en el presente asunto, pero podría darse si aprecia un deterioro en su posición procesal, o por considerar que el procedimiento de ejecución hipotecaria es más beneficioso que el procedimiento de ejecución ordinaria. En segundo lugar, cuando la nulidad parcial exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales que le penalicen por la retroactividad de las prestaciones en relación con su capacidad económica. Este último es el supuesto que fundamenta la integración judicial excepcional para la máxima conservación del contrato pues, en caso contrario, de la nulidad de dicha cláusula devendría la nulidad del contrato por completo, con el efecto retroactivo máximo de todas las prestaciones. En suma, la integración judicial de las cláusulas abusivas se encuentra restringida a la concurrencia de estos su-

puestos, y solamente será posible la integración legal de estas cláusulas cuando, en caso contrario, proceda la nulidad total del contrato y el efecto retroactivo máximo de las prestaciones que lleva aparejado.

Además, como ya se contiene en la Sentencia⁶ de 15 de marzo de 2012, el artículo 6 de la Directiva 93/13 pretende garantizar el equilibrio de las partes y la posibilidad material de ejecutar las prestaciones del contrato, con la finalidad de estimular la actividad comercial. La disposición nacional que integra la cláusula contractual reemplaza el equilibrio formal por un equilibrio real, que reestablece materialmente la simetría negocial; lo contrario, supondría que el acreedor no se vería expuesto al efecto disuasorio por la nulidad parcial de las cláusulas abusivas, y el consumidor se vería obligado al pago del precio aun cuando excediese su capacidad económica. Finalmente, el Tribunal de Justicia aprecia que únicamente corresponde a los tribunales nacionales examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario expondría a los consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales. En el caso de anulación de los préstamos hipotecarios, procedería la aplicación del procedimiento de ejecución ordinaria, menos garantista con el consumidor y que supondría un deterioro de su posición procesal. Por el contrario, el procedimiento de ejecución hipotecaria, contenido en el artículo 693.2 LEC, exige el impago de tres mensualidades para declarar anticipadamente vencido el préstamo y, en el caso de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, el deudor dispone de tres beneficios: que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cuantía adeudada; la eventual reducción parcial de la deuda; y la garantía de que el bien hipotecado no se ejecutará por un valor inferior al 75% de su valor de tasación.

4. AMPLIACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS AUTOS DE 3 DE JULIO DE 2019

El Tribunal de Justicia dictó el pasado 3 de julio de 2019 tres Autos relativos a cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada —asunto C-92/16—, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, y el Auto⁷ de 3 de julio de 2019, relativo al asunto C-786/16 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante. Este último Auto amplió la doctrina sobre la cláusula de vencimiento anticipado (SÁENZ DE JUBERA, 2019:2077-2091). En él, se indica la posibilidad de despachar ejecución hipotecaria si concurren los requisitos del artículo 693.2 LEC, aunque el contrato contenga una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme. El fundamento de esta consideración es que las consecuencias económicas perjudiciales del consumidor tienen su origen en su incumplimiento contractual, sin que puedan derivarse dichas consecuencias económicas por la existencia de la cláusula.

Asimismo, considera que no existe ningún elemento que haga dudar de la conformidad de la legislación española respecto del principio de efectividad del Derecho de la Unión, en particular, respecto del efecto de cosa juzgada. En este sentido, la normativa europea no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional quede vinculado por la resolución de un recurso de apelación, que ordene el inicio de un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento, aunque el contrato contenga una cláusula declarada abusiva en sentencia firme, pero a la que el Derecho nacional no reconozca efecto de cosa juzgada. Final-

mente, señala el Tribunal de Justicia que cabe la posibilidad de interponer un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria *ex* artículo 693.2 LEC, en el caso de que acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria perjudique al consumidor.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y DE 19 DE FEBRERO DE 2020

El Tribunal Supremo adoptó la jurisprudencia europea sobre las cláusulas de vencimiento anticipado y de gastos notariales y registrales en la Sentencia⁸ de 11 de septiembre de 2019, lo que supuso una rectificación de la doctrina⁹ jurisprudencial anterior (ADÁN, 2019:1-11; CACHÓN, 2019:1-11; AGUILAR, 2017:2107-2129; PERTÍÑEZ, 2016:93-99). Dicho pronunciamiento trae causa de un contrato de préstamo hipotecario de 100.000 euros, sujeto a un interés remuneratorio variable y con un plazo de amortización de 30 años.

En el contrato, se repercutían al consumidor los gastos de tasación del inmueble, los aranceles notariales y registrales, los tributos, los gastos de tramitación, los derivados de la conservación del inmueble, así como los gastos procesales (DÍAZ, 2019:1-5). Esta cláusula relativa a los gastos notariales y registrales resultaba abusiva conforme a los estándares de la jurisprudencia europea, como examinaremos en el siguiente subapartado. Asimismo, el contrato determinaba que los intereses de demora correspondían a un 18%. Respecto de los intereses moratorios, el Tribunal de Justicia estableció en su Sentencia¹⁰ de 7 de agosto de 2018 que la Directiva 93/13 no se opone a la jurisprudencia española, que fija el umbral de abusividad en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio (ARGELICH, 2019:193-209). Finalmente, el préstamo se podía declarar vencido anticipadamente por cualquier impago, así como por el incumplimiento de cualquier cláusula contractual, y nos remitimos al segundo subapartado para examinar la abusividad de esta cláusula.

1. ATRIBUCIÓN DE LOS GASTOS Y TRIBUTOS AL CONSUMIDOR Y ASEGURAMIENTO DE LA FINCA HIPOTECADA

Respecto del primer y segundo motivo de casación, acumulados por conexión y referidos a la condición general que atribuye al consumidor el pago de los tributos que gravan el préstamo hipotecario, la Sala Primera considera que no contravienen los artículos 1281.1 y 1288 del Código civil, ni el artículo 6.2 Ley¹¹ 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Sin embargo, dada su amplitud terminológica, por la que se impone el pago al consumidor de tributos que corresponden al empresario, y enjuiciando dicha cláusula desde el control de contenido por tratarse de una condición general, y no del de transparencia —relativo a las cláusulas particulares no negociadas individualmente— como erróneamente refiere la sentencia, no se ajusta al artículo 89.3 c) del Real Decreto Legislativo¹² 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU. Esta disposición califica como abusiva la cláusula que imponga el pago de impuestos al consumidor cuando el obligado tributario deba ser el empresario, por haber instituido el documento público, la garantía real y la protección registral a su favor (MORENO-TORRES, 2018:143-192; MARÍN, 2018:111-158). Esta redacción

de la condición general permite, además, que la cláusula se adapte a cambios legislativos futuros, por lo que no contraviene el artículo 82.3 TRLGDCU.

En cuanto al tercer motivo de casación, relativo a la atribución de los gastos notariales y registrales al consumidor, el Tribunal Supremo recuerda que, conforme a su jurisprudencia¹³, la modificación de la escritura de préstamo, con los consiguientes gastos, obedece a errores que no son imputables al consumidor, de manera que la atribución indiscriminada de dichos gastos no tiene amparo en el artículo 82.2 TRLGDCU. Por todo ello, en relación con los gastos e impuestos derivados de los préstamos hipotecarios, el Tribunal Supremo estableció¹⁴ la siguiente distribución de gastos: que el arancel notarial, la escritura de modificación del préstamo, y los gastos de gestoría debían ir distribuidos por mitad entre el acreedor y el deudor; que la escritura de cancelación del préstamo hipotecario y la del impuesto de transmisiones patrimoniales iría a cargo del prestatario; que las escrituras notariales corresponderían a quien las solicite; y que el arancel notarial de inscripción de la hipoteca debía atribuirse a la entidad financiera.

Respecto del séptimo motivo de casación, relativo al aseguramiento de la finca hipotecada por una compañía aceptada por la entidad prestamista, el Tribunal Supremo recuerda, de acuerdo con su jurisprudencia¹⁵ anterior, que la previsión contractual relativa a los gastos derivados de la contratación de un seguro de daños no resulta desproporcionada o abusiva, porque deriva del artículo 8 de la Ley¹⁶ 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; este se refiere a la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y asegurarlo contra todos los riesgos que puedan afectarlo, como también dispone el artículo 88.1 TRLGDCU. Sin embargo, el alto tribunal precisa que la normativa no ampara que la entidad acreedora tenga que aceptar la compañía aseguradora elegida por el prestatario, porque el consumidor cumple con la contratación del seguro y el pago de la prima, conforme al artículo 14 de la Ley¹⁷ 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sin que quepa obligarle a contratar con un asegurador diferente al que escoja en función de la oferta que le parezca más favorable. Esta imposición es abusiva *ex* artículo 82.4 TRLGDCU, por vincular el contrato de seguro a la voluntad del acreedor y limitar los derechos del consumidor.

2. DOCTRINA SOBRE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: DE LA NULIDAD PARCIAL Y LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES A LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO Y LA MORA DEL DEUDOR

En cuanto al quinto y sexto motivos de casación, relativos a la cláusula de vencimiento anticipado y que constituye el núcleo duro del pronunciamiento, el alto tribunal afirma que la previsión de esta cláusula no es abusiva *per se*, pues encuentra su amparo legal en dos preceptos: por una parte, el artículo 1129 del Código civil prevé la posibilidad de que el acreedor reclame la totalidad de la deuda antes del vencimiento del plazo cuando el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo (CASADO, 2018:1-8); y, por otra parte, el artículo 1124 del Código civil arbitra el remedio de la desvinculación por el incumplimiento de las obligaciones bilaterales, una previsión que se contempla expresamente para los préstamos hipotecarios en el artículo 693.2 LEC. El Tribunal Supremo indica que, para que la cláusula de vencimiento anticipado supere el control de abusividad, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, permitiendo al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, es decir, permitiendo el cumplimiento extemporáneo aparejado a los intereses moratorios que aludíamos al inicio de este trabajo¹⁸.

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal de Justicia señaló en la Sentencia¹⁹ de 14 de marzo de 2013 que dicha cláusula, aunque no fuese abusiva *per se*, se podía considerar como tal atendiendo a las circunstancias del caso, un criterio que ya se contenía en su jurisprudencia²⁰. En particular, indica que el juez nacional debe examinar diversos extremos: en primer lugar, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial; en segundo lugar, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo; en tercer lugar, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y, en cuarto lugar, si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor remediar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado fue confirmado por el Auto²¹ del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2015, pues el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 señala que el juicio de abusividad debe efectuarse considerando la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato, así como las circunstancias que concurren en su celebración (BASTANTE, 2015:2420-2454).

En cuanto a la naturaleza jurídica²² del préstamo hipotecario, el Tribunal de Justicia ha afirmado en la Sentencia²³ de 26 de marzo de 2019 que se trata de un *negocio jurídico unitario o complejo*, esto es, un único contrato con dos facetas, la de préstamo y la de garantía, según dispone el artículo 3.1 a) de la Directiva²⁴ 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010. Su fundamento²⁵ es que la finalidad de la celebración del contrato para ambas partes radica en la obtención de un crédito con un interés remuneratorio menor para el consumidor, a cambio de una garantía real eficaz en caso de impago para el acreedor. En la misma línea, recuerda el Tribunal Supremo que, aunque en el contrato de préstamo se incluyan estas dos figuras, ambas conforman una institución unitaria, pues no se trata de un crédito ordinario por la existencia de esta garantía real, y por ello goza de un tratamiento legal diferente para la ejecución de la garantía.

El Tribunal Supremo, partiendo de la consideración unitaria respecto de la naturaleza jurídica del préstamo hipotecario, indica que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que atribuye al acreedor la facultad de ejecutar la garantía en caso de impago del deudor. Igualmente, considera que la causa del contrato de préstamo y del derecho real de hipoteca se encuentran entrelazadas y sin posibilidad de fragmentación, porque se refieren a la obtención del préstamo en unas condiciones económicas más ventajosas y a la garantía real constituida para el impago. En suma, la causa del derecho real de hipoteca consiste en el aseguramiento de una obligación y no en la misma relación obligatoria asegurada, pues la existencia y licitud del crédito para ejecutar la garantía real son presupuestos indispensables. Por ello, es necesaria la referencia registral de la obligación garantizada en la inscripción del derecho real de hipoteca *ex* artículo 12 LH, porque la ejecución de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa (ZUMAQUERO, 2016:827-860).

Al tratarse el préstamo hipotecario de un negocio jurídico complejo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la garantía y, por ende, a la subsistencia del contrato. El fundamento

de este negocio jurídico es la posibilidad de declarar anticipadamente vencido el préstamo y ejecutar la garantía en caso de impago relevante del prestatario, para que el acreedor pueda reintegrarse el capital e intereses devengados. A los efectos de evitar la exposición del consumidor a las consecuencias perjudiciales derivadas de la nulidad total del contrato, cabe sustituir la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC (CASTILLO, 2018:1-22), es decir, se arbitra la integración legal para evitar la nulidad del contrato. En caso contrario, se produciría la retroactividad máxima de las prestaciones, consistente en la restitución completa del precio, la pérdida de las ventajas procesales de someterse a un procedimiento de ejecución hipotecaria, así como el riesgo de ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista²⁶, conforme al artículo 1124 del Código civil.

En relación con los elementos referentes a la adecuación de la facultad de vencimiento anticipado del acreedor, relativos a la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento, y la posibilidad del consumidor de evitar dicha consecuencia, el Tribunal Supremo añade como elemento valorativo el cumplimiento del artículo 24 de la Ley²⁷ 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Este precepto habilita la sustitución de una cláusula nula por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (MARTÍN, 2019:561-636); este es el caso en el presente asunto, pues el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda afectado por esta sustitución, como determina el Auto²⁸ del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 2019. Por ello, el Tribunal Supremo considera, en atención a la doctrina expuesta, que la cláusula controvertida no supera los estándares expuestos, porque no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite evitar su aplicación al consumidor mediante una conducta diligente de reparación, pues la cláusula habilita el vencimiento con un solo impago, incluso parcial, y sin distinguir la clase de obligación, de manera que también cabe para la amortización de los intereses como obligación accesoría.

3. TRATAMIENTO JUDICIAL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CURSO

El Tribunal Supremo, al hilo de la resolución de los motivos de casación, indica en el apartado 11 de los Fundamentos de Derecho de la sentencia una serie de reglas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no haya entrega de la posesión al adquirente. En primer lugar, deberán sobreseerse los procesos que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, dieron por vencido un préstamo en aplicación de una cláusula contractual nula. En segundo lugar, también se sobreseerán los procesos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que declarasen vencido el préstamo aplicando una cláusula contractual nula, cuando el incumplimiento del deudor no reúna la gravedad y proporcionalidad requeridos. En tercer lugar, los procesos en los que el incumplimiento reúna la gravedad y proporcionalidad necesaria podrán continuar su tramitación. Finalmente, en cuarto lugar, los autos de sobreseimiento dictados de conformidad con lo indicado en las dos primeras reglas no tendrán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva fundamentada en la aplicación de la Ley 5/2019, a pesar de que las resoluciones del TJUE se refieran al artículo 693.2 LEC, pues la redacción anterior a la Ley 5/2019 era

de Derecho dispositivo, mientras que ahora este precepto es imperativo. Esta retroactividad limitada pretende evitar que una sentencia del Tribunal de Justicia contraria al informe del Abogado General pueda hacer directamente aplicable el artículo 693.2 LEC en su redacción anterior, y no contraviene el artículo 552.3 LEC por tratarse de ejecuciones basadas en diferentes títulos.

4. EL TRATAMIENTO LEGAL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LOS PRÉSTAMOS PERSONALES: LAS SENTENCIAS DE 12 Y 19 DE FEBRERO DE 2020

El Tribunal Supremo amplió la doctrina jurisprudencial acerca de la cláusula de vencimiento anticipado en dos pronunciamientos²⁹ de 19 de febrero de 2020. Ambas sentencias se refieren al vencimiento anticipado de dos préstamos personales celebrados con consumidores, por el incumplimiento de tres y cuatro cuotas de amortización. En este sentido, el Tribunal Supremo aprecia el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal, en la línea de lo sostenido en la Sentencia³⁰ de 12 de febrero de 2020. Afirma que la cláusula de vencimiento anticipado solamente será válida si están claramente determinados en el contrato los supuestos por los que procede el vencimiento anticipado y se modula la gravedad del incumplimiento, en función de la duración y cuantía del préstamo, y sin que quede al arbitrio del prestamista, como impide el artículo 1256 del Código civil.

Por ello, en las Sentencias de 19 de febrero de 2020 se aprecia la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues permite la resolución por un único impago, incluso parcial, y respecto de obligaciones accesorias. Además, aprecia que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva no compromete la subsistencia del contrato, como ya indicó el alto tribunal en su jurisprudencia³¹; en consecuencia, no opera la jurisprudencia europea respecto de la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en los casos en los que el contrato no pueda subsistir y su nulidad perjudique al consumidor. Además, en materia de préstamos personales no disponemos de una regulación que permita integrar el contrato, como la contenida en el artículo 693.2 LEC. Asimismo, indica el Tribunal Supremo que no cabe salvar la abusividad de la cláusula porque no llegase a aplicarse en su literalidad, porque la entidad financiera ha soportado un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla. Por todo ello, el alto tribunal deja sin efecto el vencimiento anticipado del préstamo y estima la reclamación de cantidad formulada por el acreedor para las cuotas vencidas e impagadas. Finalmente, en la Sentencia³² de 19 de febrero de 2020 se reitera la jurisprudencia sobre el control de transparencia, en relación con la cláusula suelo, y sobre el control de contenido, respecto de la cláusula de intereses de demora, y aprecia en ambos casos su abusividad, un elemento que debe atenderse en la liquidación de las cuotas vencidas e impagadas.

IV. CONCLUSIONES

I. A modo de conclusión sobre la evolución jurisprudencial relativa a la cláusula de vencimiento anticipado, podemos señalar sus límites. Estos se re-

fieren a que la integración de una cláusula abusiva por una disposición legal únicamente procederá cuando deba prevalecer la máxima conservación del contrato, en concreto, para evitar la exposición del consumidor a consecuencias perjudiciales. Por el contrario, una cláusula de vencimiento anticipado imprecisa ocasiona que el tratamiento legal frente a un incumplimiento relativo equivalga a la desvinculación del contrato, en lugar de su adaptación respecto de la obligación principal, aparejando como obligación accesoria el devengo de los intereses moratorios.

II. El control de abusividad aplicado a la cláusula de vencimiento anticipado incidirá, en concreto, en el desequilibrio que se derive de la retroactividad máxima por la nulidad total del contrato. Asimismo, también atenderá a los efectos beneficiosos que tendría la integración de la cláusula en contraposición con las consecuencias de la nulidad parcial, y a la observancia de los controles de contenido y de transparencia que asisten al consumidor en la predisposición de la cláusula de vencimiento anticipado.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- ATJUE de 3 de julio de 2019.
- STJUE de 26 de marzo de 2019.
- STJUE de 7 de agosto de 2018.
- STJUE de 26 de enero de 2017.
- ATJUE de 8 de julio de 2015.
- STJUE de 30 de abril de 2014.
- STJUE de 21 de marzo de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 15 de marzo de 2012.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 1 de abril de 2004.
- STS de 19 de febrero de 2020.
- STS de 12 de febrero de 2020.
- STS de 11 de septiembre de 2019.
- STS de 23 de enero de 2019.
- STS de 11 de julio de 2018.
- STS de 18 de febrero de 2016.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS de 10 de diciembre de 2007.
- STS de 3 de julio de 1997.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2019a). ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE de 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 9401, 1-8.
- (2019b). La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces. *Diario La Ley*, núm. 9498, 1-11.
- AGUILAR LOBATO, S. (2017). Gastos e impuestos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios a la luz de la STS de 23 de diciembre de 2015

- y los ulteriores pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Especial referencia a los aranceles notariales, registrales. Impuesto de actos jurídicos documentados y gastos procesales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 93, núm. 762, 2107-2129.
- ARGELICH COMELLES, C. (2019). El alcance de la nulidad de los intereses moratorios a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 193-209.
- BASTANTE GRANELL, V. (2015). La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 91, núm. 750, 2420-2454.
- CACHÓN CADENAS, M.J., SABATER SABATÉ, J.M. (2019). Efectos procesales del sobreseimiento que se decreta en las ejecuciones hipotecarias como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019. *Diario La Ley*, núm. 9522, 1-11.
- CASADO ANDRÉS, B. (2018). El vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo (art. 1129 CC): una visión práctica. *Actualidad civil*, núm. 6, 1-8.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2017). Sobre la nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores. *Actualidad civil*, núm. 9, 64-87.
- (2018). Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad. *Actualidad civil*, núm. 9, 1-22.
- DÍAZ FRAILE, J.M. (2019). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (de Modestino a Bauman, o del «derecho sólido» al «derecho líquido»). *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, 520-574.
- DÍAZ LLAVONA, C. (2019). Adquisición de vivienda habitual mediante préstamo hipotecario: algunas cuestiones aún no resueltas con relación a los gastos asociados a la compraventa. *Diario La Ley*, núm. 9507, 1-5.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2019). La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica. *Diario La Ley*, núm. 9493, 1-15.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 92, núm. 755, 1677-1705.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Reus, Madrid.
- MARTÍN FABA, J.M. (2019). Nuevo régimen de vencimiento anticipado. En: Carrasco Perera, A. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor, Aranzadi, 561-636.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 94, núm. 765, 143-192.
- ORTIZ ROMANÍ, M. (2019). La cláusula de vencimiento anticipado. En: Fortea Gorbe, J.L., Castillo Martínez, C.C. (dirs.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Valencia, Tirant lo Blanch, 533-552.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otor-

- gamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 2, 93-99.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y de 3 de julio de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 95, núm. 774, 2077-2091.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2019). Breves comentarios a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019. *Diario La Ley*, núm. 9479, 1-8.
- SENÉS MOTILLA, M.C. (2018). La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado. En: F. Jiménez Conde (Director), O. Fuentes Soriano y I. González Cano (Coords), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 151-162.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2016). El tratamiento registral de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 92, núm. 754, 827-860.

NOTAS

- ¹ TJCE 2019\59.
- ² STS de 18 de febrero de 2016, *RJ* 2016, 619.
- ³ En este sentido, el Tribunal de Justicia menciona expresamente las siguientes resoluciones: SSTJUE de 21 de marzo de 2013, TJCE 2013\93, y de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\165.
- ⁴ Así se contiene en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, y de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\165.
- ⁵ Véanse las SSTJUE de 4 de junio de 2009, *JUR* 2017, 8970, y de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143.
- ⁶ TJCE 2012\55.
- ⁷ ECLI:EU:C:2019:572.
- ⁸ *RJ* 2019, 3343. Respecto del análisis de urgencia sobre esta resolución, atiéndanse complementariamente FERNÁNDEZ (2019:1-15) y SÁNCHEZ (2019:1-8).
- ⁹ Esta fue referida en las SSTS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714, y de 18 de febrero de 2016, *RJ* 2016, 619. Fundamentalmente, el Tribunal Supremo indica que la cláusula de vencimiento anticipado que no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite que el consumidor pueda evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, pues en realidad permite la resolución por el incumplimiento, incluso parcial, de un solo plazo y respecto de una obligación accesorias.
- ¹⁰ TJCE 2018\157.
- ¹¹ BOE de 14 de abril de 1998.
- ¹² BOE de 30 de noviembre de 2007.
- ¹³ Véanse, pertenecientes al mismo día, las SSTS de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 114, de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 90, de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 91, de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 93, y de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 92.
- ¹⁴ STS de 23 de enero de 2019, *RJ* 2019, 93.
- ¹⁵ STS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.
- ¹⁶ BOE de 15 de abril de 1981.
- ¹⁷ BOE de 17 de octubre de 1980.
- ¹⁸ Véase *supra* apartado 1.

¹⁹ *RJ* 2013, 89.

²⁰ SSTJUE de 1 de abril de 2004, TJCE 2004\96, de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89, y de 26 de enero de 2017, TJCE 2017\31.

²¹ TJCE 2015\280.

²² SSTS de 10 de diciembre de 2007, *RJ* 2007, 8913, y de 3 de julio de 1997, *RJ* 1997, 5477. Asimismo, atiéndanse las SSTS referidas en la nota 14.

²³ TJCE 2019\59.

²⁴ DOUE de 28 de febrero de 2014.

²⁵ Véanse las SSTJUE de 15 de marzo de 2012, TJCE 2012\55, de 1 de abril de 2004, TJCE 2004\96, de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89, y de 26 de enero de 2017, TJCE 2017\31.

²⁶ Esta posibilidad viene considerada en la STS de 11 de julio de 2018, *RJ* 2018, 2793.

²⁷ BOE de 16 de marzo de 2019.

²⁸ Véase *supra* apartado 2.3.

²⁹ Véanse las SSTS de 19 de febrero de 2020, *JUR* 2020, 67153 y *JUR* 2020, 67151.

³⁰ *JUR* 2020, 50292.

³¹ Atiéndase la STS de 11 de septiembre de 2019, *RJ* 2019, 3343.

³² *JUR* 2020, 67153.

1.4. Sucesiones

Disposición *mortis causa* de los datos digitales. El llamado «testamento digital»

Disposition mortis causa of digital data. The so called digital testament

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis del testamento digital tal como se regula en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales. Asimismo, haremos oportuna referencia a su tratamiento en la Ley 10/2017, de 27 de junio de voluntades digitales de Cataluña y en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 17 de enero de 2019 en lo relativo a la constitucionalidad o no de la norma. En fin, aludiremos a aquellas normativas extranjeras cercanas a nuestro entorno que también desarrolla esta figura.

ABSTRACT. *The present study is going to centre on the analysis of the digital testament as regulated in the law 3/2018, of 5 decembre on the protection of personal data and guarantee of digital rights. We will also make timely reference to your treatment in the law 10/2017 of 27 of june of digital wills of Catalonia and in the judgment of the constitutional court of January 17, 2019 regarding the constitutionality or no of the norm. Finally, we will referer the those foreign regulations close to our environment that this figure also develops.*

PALABRAS CLAVES: Contenidos digitales. Testamento digital. Datos personales. Patrimonio digital. Bienes digitales. Prestadores de la sociedad de la información. Redes sociales. Plataformas *on line*.

KEY WORDS: *Digital contents. Digital will. Personal data. Digital patrimony. Digital assest. Internet services providers. Social networks and plataform on line.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: PERSONAS LEGITIMADAS PARA EL ACCESO Y DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO.—III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: CONTENIDOS DIGITALES.—IV. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO DIGITAL.—V. NORMATIVA AUTONÓMICA: LA LEY 10/2017 DE 27 DE JUNIO DE VOLUNTADES DIGITALES DE CATALUÑA.—VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLE-

NO) DE 17 DE ENERO DE 2019.—VII. OTRAS NORMATIVAS EXTRANJERAS CERCANAS A NUESTRO ENTORNO.—VIII. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución Española. De esta forma, nuestra Constitución ha sido adelantada en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia de la Sala Segunda, 94/1998, de 4 de mayo¹ que, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos insertos en un programa informático (*habeas data*) —libertad informática—, cualesquiera datos personales y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta manera, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos a aquel legítimo que justificó su obtención. Asimismo, la Sentencia de este mismo Tribunal, del Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre² lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control, sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar y también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Ahora bien, la concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales tuvo lugar inicialmente mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, conocida como LORTAD. Esta Ley Orgánica 5/1992 fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, a fin de trasponer a nuestro derecho la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En el entorno europeo, hay que señalar que, en los últimos años de la pasada década se han intensificado los trabajos normativos tendentes a lograr una regulación más uniforme del derecho fundamental a la protección de datos en el marco de una sociedad cada vez más globalizada. A tal fin se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en

lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Este Reglamento General de Protección de Datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE al existir un mosaico normativo y con un nivel de protección y de seguridad diverso fruto de diferentes normativas de protección de datos existentes en cada uno de los Estados miembros. Además, supone la revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos más allá de una mera actualización de la vigente normativa y procede a reforzar la seguridad jurídica y transparencia a la vez que permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios. Así, en este Reglamento General de Protección de Datos se contienen un buen número de habilitaciones, cuando no imposiciones, a los Estados miembros, a fin de regular determinadas materias, permitiendo incluso en su considerando 8, y a diferencia de lo que constituye principio general del Derecho de la Unión Europea que, cuando sus normas deban ser especificadas, interpretadas o, excepcionalmente, restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos tengan la posibilidad de incorporar al derecho nacional previsiones contenidas específicamente en el Reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y comprensión. En todo caso, tiene como objeto establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos, proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales; y la libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (art. 1). Respecto a su ámbito de aplicación material este Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero y, al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Al respecto el Reglamento (CE) n. 45/2001 y otros actos jurídicos de la Unión aplicables a dicho tratamiento de datos de carácter personal se adaptarán a los principios y normas de este Reglamento de conformidad con su artículo 98. Por el contrario, no se aplica al tratamiento de datos personales: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención (art. 2). En todo caso, en sus considerandos 27, 158 y 160 excluye, precisamente, de su ámbito subjetivo de aplicación a los datos de personas fallecidas, sin perjuicio que, otros derechos como el honor, la intimidad personal y familiar y, la propia imagen puedan ser protegidos, tras el fallecimiento de la persona. No obstante, posibilita que, los Estados miembros

puedan establecer normas relativas al tratamiento de datos de personas fallecidas³. Atendiendo a la habilitación del Reglamento a los Estados miembros con el fin de regular determinadas materias o la posibilidad de especificación o excepcionalmente de restricción de las normas del Reglamento por el Derecho de los Estados miembros incorporando previsiones del mismo, como hemos reseñado en líneas precedentes, se aprueba la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales cuyo objeto es adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento General de Protección de Datos, y completar sus disposiciones; y garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución (art. 1). Respecto a su ámbito de aplicación se dispone que, lo dispuesto en los títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de esta Ley Orgánica alcanza a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Asimismo, el artículo 2 apartado 1 de esta Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos por su artículo 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo; b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3; y, c) A los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

Como hemos señalado, el apartado segundo letra b) de este artículo 2 excluye el tratamiento de datos de personas fallecidas en línea con lo dispuesto en el artículo 32 del Código civil que, establece que «la personalidad se extingue por la muerte de las personas»; de forma que, con su fallecimiento, se extinguen los derechos inherentes a la personalidad. De ahí que, se considere que, las personas fallecidas no sean titulares del derecho a la protección de datos de carácter personal, pues la titularidad del dato se vincula a una persona viva. No obstante, todo ello se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3 de esta Ley Orgánica relativo a los datos de personas fallecidas que, junto con el artículo 96 de la misma se orientan a procurar una protección de la personalidad pretérita. Fuera de este marco legal, el artículo 657 del Código civil dispone como regla general que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»; mientras que, el artículo 659 del citado cuerpo legal determina el contenido hereditario que es susceptible de transmisión y que, estará constituido por aquellos «bienes, derechos, obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte»; y, finalmente, el artículo 661 del mismo afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Por otra parte, Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ciertamente, cada vez utilizamos con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar actividades de nuestra vida personal y profesional. Así estas actividades que, suponen navegar e interactuar y el uso de una o varias aplicaciones en Internet (huella digital)⁴, determinan nuestra presencia *on line*, presencia virtual, a la vez que, nuestra «identidad o vida digital»⁵; y también generan una diversidad de archivos que, una vez fallecida la persona, forman parte de su legado. Descargamos noticias, vídeos, fotografías, participamos en blogs o creamos los nuestros propios, configuramos contenidos digitales, accedemos a portales de noticias, sitios webs, foros, chats, tenemos correo electrónico, un

perfil o perfiles en redes sociales, todo ello constituye nuestra presencia en el ciberespacio y forma parte de nuestro acervo o patrimonio digital, que puede tener un contenido económico. Como señala acertadamente GARCÍA HERRERA «todo aquello que enviamos, recibimos, almacenamos, compartimos, gestionamos o contratamos a través de Internet forma nuestro “patrimonio digital” que, está integrado, entre otras cosas, por la información que remitimos o recibimos *on line* vía correo electrónico, redes sociales, webs o dominios virtuales, sea esta información escrita, sonora o visual, por los archivos adquiridos (por ejemplo, ebooks, videos, videojuegos y/o música), por los ficheros alojados en la «nube», donde se guarden desde fotos hasta las claves de la firma electrónica de una cuenta bancaria o una fórmula química, por los derechos eMusic que se puede tener en Spotify, por los derechos que pueden tenerse sobre películas y series en Netflix, por los beneficios económicos que podamos obtener en webs de juegos y apuestas, por los gastos efectuados en compras *on line* de productos o servicios, por compras realizadas que se encuentran pendientes de entrega, por el saldo existente en cuentas o monederos electrónicos (como Pay-Pal, Money Bookers, Amazon o Google Wallet), por los bitcoins, etc»⁶. De forma que, una vez que fallece una persona, cabe preguntarse qué sucede con su acervo o patrimonio digital, pues, a menudo los contratos que se suscribieron con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona fallece y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de sus archivos digitales, ni tampoco los propios usuarios de redes sociales o de otros suministros de contenidos o espacios *on line* manifiestan nada al respecto —precisamente, acerca de si se cancelan o borran sus datos, archivos, o si se mantienen o no sus perfiles, por lo que pueden seguir visibles y accesibles a terceros—. No cabe duda que, su acervo o patrimonio digital integra o forma parte de la herencia del causante (art. 659 CC), pues, como se indica en la doctrina, no es posible hablar de una «herencia digital» como algo diferente y separado de la «herencia analógica»⁷. Así los archivos digitales que, el causante ha creado o adquirido —videos, audios, fotografías u otros documentos— almacenados en soporte físico —disco duro interno o externo, pendrive— o digital —alojado en la nube—, el dinero virtual —bitcoins o cuentas que el causante tuviera abiertas a su favor en tiendas de aplicaciones o software—, monederos o carteras digitales o *wallets*, suministros de servicios en línea de música, videos, servicios de *streaming* o de suscripción que permiten al cliente tener copias de obras, obras creadas por la propia persona fallecida y alojadas en la nube (Google Drive, Dropbox), cuentas de e-mail, redes sociales, foros, blogs, chats, sistemas de pago virtuales forman parte del activo digital del causante y pueden tener un valor patrimonial, económico o no necesariamente y que, en algunos casos, no se conoce su existencia por los herederos ni las claves de acceso⁸.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del mal llamado «testamento digital» cuya regulación se contiene en los citados artículos 3 y 96, este último dentro del novedoso título X. Garantía de los derechos digitales en el que se reconocen y garantizan un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, además del derecho al testamento digital, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital así como los derechos a la supresión de datos (derecho al olvido), a la portabilidad, derecho de acceso, rectificación y, derecho a la limitación del tratamiento de los datos. Entre ellos, ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión

digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet⁹. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: PERSONAS LEGITIMADAS PARA EL ACCESO Y DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE DATOS PERSONALES DEL FALLECIDO

El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos regula el acceso y disposición de los datos personales del fallecido a ciertas personas. Así se refiere a la posibilidad que, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho —cónyuge, pareja estable, descendientes, ascendientes— así como sus herederos, además de dirigirse al responsable o encargado del tratamiento para comunicar su fallecimiento, puedan solicitar a estos el acceso a los datos personales del difunto —cuentas, perfiles en redes sociales, a su vida o identidad digital— y, en su caso, a su rectificación o supresión¹⁰. Se trata de un elenco amplio de personas legitimadas quizá en la línea de otras normas protectoras de los derechos de la personalidad del fallecido frente a una posible intromisión ilegítima¹¹. De forma excepcional, se excluye el ejercicio de estas facultades por las personas citadas, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Si bien, esta facultad del titular de prohibir el acceso a los datos tiene a su vez una lógica excepción, pues, los herederos tienen derecho a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante, como cuentas corrientes o dinero electrónico¹². Se prevé también en su apartado segundo que, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, puedan también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. En todo caso, como precisa NAVAS NAVARRO «es posible que, el causante deje instrucciones sobre su contenido *online*, pero no determina qué personas deben cumplirlas, debería ser el heredero o, en su caso, el albacea los únicos legitimados para ordenar su cumplimiento»¹³. Si bien, se establece que en un futuro desarrollo reglamentario se establezcan los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones, así como la posible creación de un registro en el que se hagan constar, mediante la aprobación del correspondiente Real Decreto. En fin, se concreta en el apartado tercero del citado precepto que, en caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada; y, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse, además de por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, también por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

Por otra parte, se regula el mal llamado derecho al testamento digital, en concreto, el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, tratándose de personas fallecidas en el artículo 96 de esta misma Ley Orgánica 3/2018 —complementando con ello la regulación contenida en el mencionado artículo 3— que, puede contener datos personales o

no. Supone, en esencia, una concreción de lo dispuesto en el citado artículo 3, si bien dirigido a los contenidos gestionados por tales prestadores de la sociedad de la información. Así, se faculta, igualmente, a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos para dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que, estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión, si la persona fallecida no se ha opuesto, pues, excepcionalmente, tales personas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando aquella lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Si bien, de la misma forma, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que, pudiesen formar parte del caudal relicto. No obstante, a diferencia del artículo 3 que no se mencionan¹⁴, en estos supuestos el albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. Tratándose de personas fallecidas menores de edad, al igual que el artículo 3, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada; y, en el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, igualmente, estas facultades podrán ejercerse además de por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. De todas formas, respecto a los menores de edad, teniendo en cuenta que pueden testar a partir de los 14 años, salvo el testamento ológrafo —mayoría de edad— y que, pueden consentir el tratamiento de sus datos también a partir de dicha edad (art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos), parece que podrán otorgar instrucciones acerca de su patrimonio digital¹⁵. Al igual que, las personas discapacitadas (art. 665 CC).

Respecto a los perfiles en redes sociales o equivalentes, las personas legitimadas citadas podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones, y, el responsable del servicio al que se comunique la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a tal eliminación. De nuevo, se prevé que, mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

Ahora bien, lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo previsto en aquellas comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio, respecto a las personas fallecidas, pues, se regirá por lo establecido en las mismas al respecto.

III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: CONTENIDOS DIGITALES

Tanto el artículo 3 como el artículo 96 concretan el ámbito subjetivo de aplicación de ambos preceptos, esto es, quienes están legitimados para acceder o en su caso, rectificar o suprimir los datos de la persona fallecida, pero no se

concreta lo que representa el presupuesto objetivo de aplicación de tales preceptos, es decir, los contenidos digitales —archivos digitales, creaciones originales, cuentas bancarias, perfiles en redes sociales, claves y contraseñas— que, en su caso, pueden resultar gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información¹⁶. No cabe duda que, el acceso al contenido de los correos electrónicos resulta vedado por afectar a la intimidad del causante, y aunque se tengan la clave y contraseña no se pueden enviar correos desde la cuenta del causante, por ser esta conducta constitutiva de un delito de suplantación de la personalidad y, asimismo, no se podrá acceder a los contenidos de tales cuentas o archivos digitales que formen parte de la misma, sin la correspondiente autorización judicial¹⁷. En el caso de redes sociales, los herederos o la persona designada por el titular, tendrá el acceso a las cuentas si tienen las claves del usuario y las contraseñas, si bien a los solos efectos de comunicar a la empresa que gestiona el servicio el fallecimiento del usuario o el eventual mantenimiento de la cuenta en estado conmemorativo¹⁸, además en el ámbito de las interacciones con otro u otros usuarios del servicio nos encontramos ante derechos de carácter personalísimos que, se extingue con la muerte de la persona. Precisamente, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los derechos digitales en el Senado se propusieron por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos— En Comú Podem-En Marea (GPPD) dos enmiendas la número 29 y 30 con el objeto de concretar el concepto de contenidos digitales. Así en la enmienda número 29 se indicaba que el acceso se consideraría satisfecho mediante la entrega de copia de los datos en cuestión. La motivación de la enmienda se concretaba en que «resultaba importante clarificar que el acceso debe entenderse como suministro de copia de los datos y no como acceso a credenciales o contraseñas»¹⁹. Y en la número 30 en relación con el mismo apartado 1 del artículo 96 se proponía que, en el acceso a contenidos, habría de exceptuarse las comunicaciones electrónicas, gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas²⁰. Lo cierto es que, no hay duda que, el acceso a la información almacenada puede tener lugar, cuando hay instrucciones del causante al respecto, donde no solo se permiten, sino también se indican las claves de acceso a tales contenidos. Si se ha permitido el acceso a tal información, pero no se ha proporcionado las claves, no parece que sea posible dicho acceso²¹. En cuanto al acceso a las comunicaciones electrónicas, correo electrónico, como se ha indicado, no parece posible incluirlo en el haber hereditario por su carácter personalísimo, sin embargo, para ALIÑO SEHWERT «la Ley no lo ha excluido, lo que parece indicar que, sí es transmisible a los sucesores del causante»²².

En este contexto, NAVAS NAVARRO precisa en relación con el cierre de una cuenta o el acceso al contenido de una cuenta del usuario fallecido que «no aparecen incorporadas a las «condiciones de uso» o a los «términos o información legal», según la etiqueta que aparece en el sitio web de que se trate» y con respecto al contenido de las instrucciones indica que «si el causante decide la supresión o eliminación de parte del contenido digital provocando con ello que el heredero no pueda acceder a medios de prueba para defenderse ante reclamaciones de terceros. Una instrucción de este tenor que, ocasiona un daño al heredero, es una instrucción que debe reputarse ilícita por antijurídica»²³. Asimismo, MORALEJO IMBERNÓN señala que, respecto al acceso a los datos de personas fallecidas cabe hacer dos observaciones: «La primera es una crítica referida a la amplitud de la legitimación contemplada en el artículo 3 de la LOPD; y la segunda tiene que ver con las circunstancias que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra

legislación no ha primado la voluntad de la persona fallecida, sino que se ha limitado a establecer que esta pueda negar el acceso a sus datos enervando la presunción de legitimación contemplada en este artículo 3»²⁴.

En todo caso, no serían ciertamente transmisibles, salvo que el causante lo permitiese en algunos supuestos, las cuentas de correo electrónico, así como el acceso a redes sociales cerradas; si, en cambio, el contenido patrimonial digital, entre otros, cuentas bancarias *on line*, criptomonedas, sistemas de pagos virtuales, documentos y archivos en la nube, a música seleccionada, plataformas de servicios —Netflix HBO—, libros, películas en formato digital, bajo licencia, si lo posibilitan sus condiciones de uso²⁵.

De todas formas, como hemos indicado, es posible que, algunos de los contenidos digitales pueden ser alojados en soporte físico como un disco duro, pen drive, ordenador y por ende, transmisibles. Por otra parte, tanto el artículo 3 como el artículo 96 concretan las facultades que, se conceden a las personas legitimadas —personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, los herederos, el albacea o las personas o instituciones que el fallecido hubiera designado expresamente— así el acceso, la rectificación o supresión de los datos personales o de los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, o dar instrucciones a tales prestadores sobre su utilización o destino; o en fin, sobre el mantenimiento o eliminación de perfiles personales de la persona fallecida en redes sociales o servicios equivalentes²⁶.

IV. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO DIGITAL

Aunque la Ley Orgánica habla de testamento digital —a través de medios electrónicos—, en rigor no es tal, pues, lo cierto es que, el testamento realizado exclusivamente *on line* es nulo (art. 687 CC), por lo que la disposición sucesoria del patrimonio digital tiene que realizarse en testamento notarial —en cualquiera de sus modalidades—, que es el único instrumento válido para disponer *mortis causa* de todo el patrimonio —ciertamente, las reglas sucesorias del Código civil también se han de aplicar a los bienes inmateriales digitales—²⁷. Además no estamos ante un tipo de testamento o de un testamento especial —por la utilización de una aplicación informática— y, en todo caso, el formato digital de determinados contenidos en archivos o el lugar donde se encuentran ubicados no se distinguen del resto de los bienes que, pueden integrar el caudal relicto. Al fallecimiento de una persona, su herencia comprende todos sus bienes, derechos y obligaciones que, no se hayan extinguido por su fallecimiento y su transmisión se producirá en cualquier caso, por la voluntad manifestada en testamento y, a falta del mismo, por disposición de la Ley. No obstante, atendiendo a las características digitales de estos archivos, convendría tener lo más actualizado posible el testamento, atendiendo a la continua modificación, precisamente, de nuestro patrimonio digital y, a la frecuencia con la que variamos nuestras claves y contraseñas. De todas formas, aunque el testador puede designar un albacea testamentario o una persona o institución para el acceso a los contenidos digitales, de acuerdo con las instrucciones fijadas expresamente por aquel, los herederos también pueden acceder a tales contenidos con arreglo a tales instrucciones recibidas, salvo que el testador lo hubiese prohibido expresamente o lo establezca una ley, atendiendo a la redacción literal de los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección²⁸. Ahora bien, si se quiere limitar el acceso a determinados herederos de algunos contenidos digitales —claves y contraseñas, repositorios de Dropbox

por ejemplo— nos encontramos que, si se contienen en el testamento, todos los herederos tienen derecho a una copia del testamento. GARCÍA HERRERA propone dos posibles vías para evitar esta situación: «1. Que el causante, en el propio testamento en el que dispone de su “patrimonio digital” incluya una cláusula en la que se deje constancia de las claves de acceso a los contenidos digitales, se designe a la persona o personas que quedan encargadas de la gestión de dichos datos y/o contenidos y se especifiquen las instrucciones de uso, prohibiendo que dicha cláusula se dé a conocer y se entregue copia de la misma a las personas que tienen derecho a copia del testamento según la legislación notarial; 2. Que el causante redacte un testamento complementario al general con el contenido anterior, es decir, con indicación de las claves de acceso, designación del albacea o persona o personas encargadas de la gestión de los datos y contenidos y detalle de las instrucciones de uso correspondientes»²⁹. Asimismo, para CÁMARA LA-PUENTE existen diversas soluciones «como la confección de documentos complementarios debidamente depositados (inventarios de contraseñas) que no precisan el valor jurídico de un testamento, codicilo o memorias testamentarias» y es por ello que se pregunta si «podría ANCERT plantearse un servicio de alojamiento en red seguro o quedará este encomendado a empresas especializadas»³⁰. En todo caso, no olvidemos que, a través de instrucciones documentales otorgadas por el causante que pueden prohibir el acceso a sus datos personales o impedir su rectificación o supresión; si bien, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos patrimoniales del causante.

En este contexto, en los citados artículos 3.2 apartado 2 y 96.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos prevén que, mediante Real Decreto se establezcan los requisitos y las condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones dadas por el causante en el testamento y, en su caso, el registro de dichos mandatos e instrucciones. Asimismo, el artículo 74 g) de esta Ley Orgánica 3/2018 califica de infracción leve y prescribe al año «El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta Ley Orgánica».

V. NORMATIVA AUTONÓMICA: LA LEY 10/2017 DE 27 DE JUNIO DE VOLUNTADES DIGITALES DE CATALUÑA

El artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 se dicta al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución española según establece la disposición final segunda número 6 de esta Ley. Asimismo, la Disposición Final primera de la misma referente a la naturaleza de esta Ley dispone que, tiene el carácter de Ley Orgánica; a esto añade la disposición final segunda número 1 que, el título competencial en base al cual se dicta esta Ley Orgánica es el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por otra parte, el artículo 96, entre otras disposiciones, tiene el carácter de ley ordinaria (disposición final primera). Sus apartados primero y segundo párrafo primero tiene un contenido similar al artículo 3, y en su apartado 4 hace una remisión a aquellas normativas dictadas al efecto por comunidades autónomas con derecho civil propio; por lo que cabe plantearse cuál es el título competencial atribuido a las comunidades autónomas, pues nos encontramos con una materia que en la mayor parte de su contenido tiene el carácter de Ley Orgánica³¹.

Si bien, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018 en Cataluña se aprobó la Ley 10/2017, de 27 de junio de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña³² que, en su preámbulo fija como objetivos de esta Ley por un lado, que las personas pueda manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada; y, por otro, atendiendo a que la actividad digital de los menores de edad puede afectar a su desarrollo y puede tener repercusiones negativas por la incapacidad de gestionar adecuadamente su presencia en los entornos digitales, la ley faculta a quienes tienen la potestad parental y a los tutores para que velen por la presencia de los menores y tutelados en los entornos digitales y no les genere riesgos. A tal efecto, deberán promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios digitales, y solicitar también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos.

Sobre tales bases, el artículo 6 que añade un artículo, el 411-10 «Voluntades digitales en caso de muerte», al capítulo I, del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones define en su apartado 1 las voluntades digitales en caso de muerte como «las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores con quienes el causante tenga cuentas activas». Tienen como finalidad, tal y como se establece en el preámbulo de la Ley apartado primero que «las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan, igualmente, a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que, les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponda en vida»³³.

Pues bien, estas voluntades digitales pueden ordenarse, tal como establece el apartado 3 del citado artículo 411-10, por medio de los siguientes instrumentos: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias; b) Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. Por lo que, en defecto de los instrumentos típicos propios del derecho sucesorio señalados, el legislador catalán establece también que, es posible otorgar las voluntades digitales mediante documento *ad hoc* que, se debe inscribir en el Registro que, se cree al efecto para que surta efecto. Un registro electrónico que, como precisa el preámbulo de la Ley en su apartado II es «un nuevo instrumento registral de carácter administrativo que se crea con el objeto de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales». En todo caso, con relación al testamento en el artículo 7 de esta Ley se modifica el artículo 421-2 y en su apartado segundo establece que «el testamento, además de ordenar la institución de uno o más herederos y establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona»³⁴. Lo cierto es que, con respecto a la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales

del causante, el artículo 8 de esta Ley añade un artículo, el 421-24, al capítulo I, título II del libro cuarto del Código civil de Cataluña, disponiendo que, la designación de la persona física o jurídica encargada de ejecutar las voluntades digitales puede hacerse en testamento, en codicilo o en memoria testamentaria y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación³⁵. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. En todo caso, el otorgante de tales documentos puede hacer constar la persona o personas físicas o jurídicas a las que quiere que, se comunique, se informe antes de ejecutarlas, la existencia de las voluntades digitales. Por lo que, la persona encargada de ejecutar estas voluntades puede ser una persona física o jurídica; y a falta de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia que pueden, precisamente, ejecutarlas ellos mismos o encargar a otro la ejecución. No obstante, si el causante no ha establecido otra cosa en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponda ejecutarlas, no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat.), en la línea con lo que expusimos en líneas precedentes.

Asimismo, relacionado con la ejecución de estas voluntades, el artículo 9 de la Ley modifica el apartado 1 del artículo 428-1 del Código civil catalán relativo al modo sucesorio, disponiendo al efecto que, si bien el modo permite al causante imponer al heredero y al legatario, o a sus sustitutos una carga, un destino o una limitación, también puede consistir tal modo en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante.

En todo caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales correrán a cargo del activo hereditario (art. 411-10.7 CCCat.).

En cuanto al contenido de las voluntades digitales, el artículo 411-10 en su apartado segundo del Código civil catalán señala que, el causante puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas; c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que, estén en sus servidores, esto es, siempre que se hubiera permitido por el usuario causante en las políticas de uso que, estableciera con el responsable del tratamiento; pues, de haberlo establecido de otro modo, se deberá obtener la correspondiente autorización judicial (como establece el art. 411-10.6 CCCat.)³⁶. Lo que resulta más completa esta regulación en cuanto hace referencia al contenido del documento de voluntades digitales, a diferencia del artículo 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos que, carece de cualquier mención expresa del contenido del documento que, representa el testamento digital.

Por otra parte, el documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efecto si existen disposiciones de última voluntad (art. 411-10.4 CCCat.).

Ahora bien, de no existir documento de voluntades digitales, el heredero o al albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones relativas a comunicar a los prestadores de servicios digitales la defunción de su causante; la de solicitar a tales prestadores que se cancelen sus cuentas activas, o en fin, solicitar, igualmente a estos que, se ejecuten las cláusulas contractuales, o que se

activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores, atendiendo a los contratos que el causante hubiera suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con la políticas que estos prestadores tengan en vigor (art. 411-10.5 CCCat.).

En este contexto, el artículo 10 de la citada Ley 10/2017, por su parte, añade una disposición adicional tercera al libro cuarto del Código civil de Cataluña relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales. Se trata de un Registro electrónico, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia. En este Registro se deben inscribir los documentos de voluntades digitales como requisito de eficacia tal como se prevé en el artículo 411-10.3 b) del Código civil catalán y en el preámbulo de la Ley apartado II. Una vez fallecido el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en este Registro electrónico. Así, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa, a solicitud de la persona interesada, se extenderá un certificado en el que se identificarán las personas designada para la ejecución de las voluntades digitales. En todo caso, los certificados relativos al contenido de las voluntades inscritas en el Registro electrónico, una vez fallecido el titular, únicamente podrán solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo a ellas puede entregarse. De todas formas, el acceso al Registro electrónico está reservado al titular otorgante y a su muerte, a las personas señaladas en líneas precedentes, siempre y cuando acredite que, mediante certificado de actos de última voluntad, el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. En cualquier caso, si constase a este Registro electrónico de voluntades digitales la muerte del otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de las voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento que, se apruebe a tal fin. Precisamente, la organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales deben establecerse por Reglamento a través de la habilitación correspondiente mediante disposición final, la cual se ampara en el artículo 129 del Estatuto, así como en el artículo 150 b) del Estatuto, de acuerdo con el cual corresponde a la Generalitat, en materia de organización de su administración, la competencia exclusiva sobre las diversas modalidades organizativas e instrumentales para la actuación administrativa. Por el artículo 11 de la Ley 10/2017 se añade una disposición final quinta al libro cuarto del Código civil de Cataluña con el siguiente texto: «la organización el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales deben establecerse por reglamento». En consecuencia, la disposición final primera de esta Ley 10/2017 se habilita al consejero del departamento competente en materia de derecho civil para llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la presente Ley con relación a la organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales, mediante la correspondiente orden.

Finalmente, relacionado con el establecimiento de las voluntades digitales para el caso de pérdida sobrevenida de la capacidad de la persona, el artículo 1 de esta Ley 10/2017 modifica el artículo 222-2 del Código civil catalán relativo al poder de previsión de pérdida sobrevenida de capacidad —apoderamiento preventivo— y añade un apartado 4 en el que se establece al respecto que: «el poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe

ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que, deba adoptar el apoderado y participar en ellas».

Lo cierto es que, no es preciso incapacitar a una persona mayor de edad y someterla a tutela por causa de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que, no puede gobernarse por sí misma, si ha nombrado un apoderado en escritura (art. 222-2.1). Así el poderdante puede ordenar que, el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben concurrir para que, comience a operar este poder preventivo. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de la capacidad del poderdante no determina la extinción del poder. De todas formas, el poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder. En caso de incapacitación de la persona y constituirse la tutela, la autoridad judicial podrá en la propia sentencia de incapacitación o con posterioridad, a instancia del tutor, acordar la extinción de tal poder preventivo. En esta Ley se tienen presentes los principios y disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español el 21 de abril de 2008.

Sobre tales bases, atendiendo a otro de los objetivos de esta Ley 10/2017, precisamente, en relación con los datos digitales de los menores y la protección dispensada desde la potestad parental o la tutela, por un lado, el artículo 3 de la citada Ley modifica el artículo 236-17 relativo a las relaciones entre padres e hijos, añadiendo un nuevo apartado 5 y, lo que era el anterior apartado 5 pasa a ser el apartado 6, con relación a la presencia de los hijos en los entornos digitales. Ciertamente, los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. También tienen los progenitores el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos. Partiendo de esta premisa el apartado 5 señala que: «los progenitores deben velar por que la presencia del hijo en potestad en entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que puedan derivarse. Los progenitores también pueden promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los hijos a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito dirigido a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constate la existencia de ese riesgo. La suspensión del acceso queda sin efecto en el plazo de tres meses a contar del momento de su adopción, salvo que sea ratificada por la autoridad judicial». En todo caso, los progenitores pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos.

Respecto a los tutores, el artículo 2 de la Ley 10/2017 modifica el artículo 222-36 relativo a las relaciones entre tutores y tutelados y se le añaden dos apartados el 3 y 4 con relación a la presencia de los tutelados en entornos digitales con un contenido similar al establecido respecto de los progenitores. Así, el tutor debe velar porque la presencia del tutelado en los entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, a fin de protegerlo de los riesgos que pueden derivarse. También deben los tutores promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas,

siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. El escrito que el tutor dirija a los prestadores de servicios digitales debe ir acompañado del informe del facultativo en que se constata la existencia de ese riesgo. De todas formas, la suspensión del acceso queda sin efecto en el plazo de tres meses a contar desde el momento de su adopción, salvo que sea ratificada por autorización judicial. Al igual que, sucede en la patria potestad, los tutores pueden solicitar la asistencia de los poderes públicos.

Y, por otro, respecto de los actos que los padres o tutores requieren autorización, en primer lugar, el artículo 4 de la Ley 10/2017 adiciona la letra l) al apartado 1 del artículo 222-43 con relación a la cancelación de cuentas digitales a instancia del tutor y el administrador patrimonial dispone al efecto que, ambos necesitarán autorización judicial para pedir a los prestadores de servicios digitales la cancelación de las cuentas digitales, sin perjuicio de la facultad de instar a su suspensión provisional en los términos del artículo 222-36. Y, en segundo lugar, el artículo 5 de la citada Ley 10/2017 de nuevo adiciona una letra, la k) al apartado 1 del artículo 236-27 con relación a la cancelación de cuentas digitales a instancia de los progenitores señala que, los progenitores o, si procede, el administrador especial con relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitarán autorización judicial para pedir a los prestadores de servicios digitales la cancelación de cuentas digitales, sin perjuicio de la facultad de instar a su suspensión provisional en los términos del artículo 236-17.

En fin, se ha de señalar, asimismo, que en esta Ley 10/2017 se fomenta la mediación en la resolución de las controversias que se pueden derivar de la aplicación de esta ley entre las personas físicas o jurídicas afectadas, para que lleguen a un acuerdo consensuado. Con la misma finalidad, podrá la autoridad judicial remitirlas a una sesión informativa sobre mediación (disposición adicional primera).

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) DE 17 DE ENERO DE 2019

Se interpuso por la Abogacía del Estado, en nombre del presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 10/2017, de 27 de junio: así, frente al artículo 6 —en cuanto introduce el artículo 411.10.3 b) del libro cuarto del Código civil de Cataluña; al artículo 8 —en cuanto introduce el artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código—; al artículo 10 —que añade la disposición adicional tercera al libro cuarto de dicho Código—; al artículo 11 —que añade la disposición final quinta del libro cuarto del mismo Código— y la disposición final primera —referida al desarrollo reglamentario de la Ley—. Este recurso de inconstitucionalidad tiene un fundamento exclusivamente competencial. Se sostiene por la Abogacía del Estado que, la normativa impugnada de la Ley 10/2017 permite que las voluntades digitales puedan plasmarse, cuando la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, en un documento que debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales, creado por el artículo 10 de esta Ley. No se trata de un registro administrativo, con efectos de mera publicidad, sino de un registro jurídico de derecho civil, que produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, por lo que la regulación impugnada invade la competencia estatal exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE). Conforme a la

jurisprudencia constitucional, las comunidades autónomas pueden crear registros administrativos instrumentales que, coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias, pero no registros jurídicos de carácter civil, pues la competencia de ordenación de los registros de derecho privado se halla reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la CE. En esta materia, la Generalitat de Cataluña solo tiene atribuida la competencia ejecutiva, que comprende la aplicación o plasmación de los criterios que, fije la legislación estatal. Por su parte, los representantes procesales del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat se opusieron a tal recurso de inconstitucionalidad. Así, consideraban que, se habría de desestimar el recurso por entender que, los preceptos de la Ley 10/2017 que se impugnan no incurren en el exceso competencial que, se les imputa, de suerte que, esta regulación resulta plenamente conforme con la Constitución. El registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017, en el que se inscribe el documento de voluntades digitales, otorgado en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria, no es un registro de derecho privado, sino un registro administrativo, para cuya creación y ordenación es competente la comunidad autónoma de Cataluña, de conformidad con sus competencias estatutariamente asumidas en materia de derecho civil y de organización de la Administración de la Generalitat. Por lo que, el registro en cuestión se configura como una mero instrumento administrativo ligado a una competencia material de la comunidad autónoma, creado con el fin de facilitar el conocimiento de las voluntades digitales, dando así respuesta a una demanda creciente de la sociedad. No existe, pues, invasión ni menoscabo de la competencia del Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE).

En consecuencia, las partes de este recurso discrepan no tanto respecto de los títulos competenciales que, consideran de aplicación, como del alcance en relación con los preceptos legales impugnados. Ciertamente, no se discute que, el legislador autonómico, en el marco de sus competencias estatutariamente asumidas en materia de derecho civil, pueda regular la disposición de las voluntades digitales *mortis causa* mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho civil catalán —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, como efectivamente lo hace la Ley 10/2017. La impugnación se refiere únicamente a las previsiones contenidas en esta Ley autonómica relativa a que, en defecto de tales instrumentos típicos del derecho sucesorio, pueden ordenarse las voluntades digitales mediante un documento que debe inscribirse para surtir efectos en el registro electrónico de voluntades digitales creado a tal fin. Por lo que, se parte del distinto entendimiento sobre la naturaleza jurídica del registro electrónico de voluntades digitales creado por el artículo 10 de la Ley 10/2017, en el que debe inscribirse el documento de voluntades digitales, en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria. El abogado del Estado sostiene que se trata de un verdadero registro del derecho civil, que produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, por lo que la regulación impugnada invade la competencia estatal exclusiva en materia de ordenación de registros públicos (art. 149.1.8 de la CE). Mientras que, los representantes procesales del Parlamento y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña entienden que, no existe tal invasión ni menoscabo de la competencia estatal, pues, no estamos ante un registro jurídico de derecho privado, sino ante un registro administrativo que la comunidad autónoma puede crear legítimamente al amparo de sus competencias en materia de derecho civil y de organización administrativa.

Por tanto, en este recurso de inconstitucionalidad se debe resolver sobre tal controversia competencial. A tal fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional, del

Pleno, de 17 de enero de 2019³⁷ ha estimado este recurso de inconstitucionalidad y declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes preceptos de la Ley 10/2017, de 27 de junio: 1. Del artículo 6, en cuanto a la redacción dada al artículo 411.10.3, letra b), del libro cuarto del Código civil de Cataluña («Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales»); 2. Del artículo 8, en cuanto a la redacción dada al artículo 421.24.1 del libro cuarto del mismo Código, en el inciso «y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales»; 3. Del artículo 10, que incorpora a dicho Código la disposición adicional tercera del libro cuarto; 4. Del artículo 11, que añade al mismo Código la disposición final quinta del libro cuarto; 5. De la disposición adicional primera.

Tal recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en los siguientes argumentos: 4. (...) De acuerdo con la Ley 10/2017, el documento de voluntades es el medio por el que las personas vecindadas en Cataluña puede disponer *mortis causa* de sus archivos digitales frente a los prestadores de servicios de sociedad de la información, en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria. En ese documento de voluntades digitales pueden designar, si lo desean, a las personas físicas o jurídicas encargadas de ejecutar sus instrucciones al respecto, en cuyo caso deberán especificar el alcance concreto de la actuación de la persona designada. El documento de voluntades digitales previsto en la Ley 10/2017 ha de inscribirse, para su eficacia, en el registro creado por esa misma ley, de suerte que, la decisión sobre el destino que, tras la muerte desea dar la persona a su patrimonio digital, manifestada al margen de los instrumentos jurídicos ordenadores de las últimas voluntades conforme el derecho civil aplicable en Cataluña —testamento, codicilo o memoria testamentaria—, despliega, en virtud, justamente de esa inscripción registral, efectos jurídicos sustantivos en el ámbito sucesorio. Dicho de otro modo, es la inscripción del documento de voluntades digitales en el registro electrónico creado por la Ley 10/2017, la que otorga eficacia jurídica a las previsiones del causante en orden a disponer *mortis causa* de sus voluntades digitales, del mismo modo que, si las hubiera manifestado por medio de testamento, codicilo o memoria testamentaria, en defecto de estas. Precisamente por ello, para acceder a dicho registro los legitimados deben acreditar, mediante la aportación del certificado de actos de última voluntad, que expide el registro general del mismo nombre, incardinado en el Ministerio de Justicia, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. (...) Esta inscripción registral produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas, en el ámbito sucesorio, de manera que, en defecto de disposiciones de última voluntad —testamento, codicilo o memoria testamentaria— la inscripción del documento de voluntades digitales en el registro previsto por la Ley 10/2017 es oponible frente a los terceros que, operan en el tráfico jurídico. Esa eficacia jurídica que, brinda la inscripción registral del documento de voluntades digitales conforme al sistema de la Ley 10/2017 solo decae, de acuerdo con la misma ley, como señala este Tribunal, en el supuesto que el causante hubiese ordenado sus voluntades digitales por medio de testamento, codicilo o memoria testamentaria, al prevalecer la sucesión testada. En consecuencia, el registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017 no aparece configurado como un mero instrumento registral de carácter administrativo ligado a la competencia sustantiva en materia de derecho civil que la comunidad autónoma tiene estatutariamente asumida, para facilitar el conocimiento de las vo-

luntades digitales. Se trata, por el contrario, de un registro público de derecho privado, en el que han de inscribirse para su validez los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad. Además, los preceptos impugnados de la Ley 10/2017 permiten a los ciudadanos de vecindad civil catalana ordenar el destino de su patrimonio digital en caso de muerte no solo mediante testamento, codicilo o memoria testamentaria, sino también en ausencia de esas disposiciones de última voluntad, por medio del documento de voluntades digitales, que despliega efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas en virtud de su inscripción en el registro creado por la Ley 10/2017 que es objeto del presente recurso. De este modo, para el Tribunal, la normativa impugnada excede de la competencia meramente ejecutiva que, la comunidad autónoma ostenta en relación con los registros públicos de derecho privado a que se refiere el artículo 149.1.8 de la CE; siendo su ordenación competencia exclusiva del Estado. Se advierte, por otra parte, que el hecho que, con posterioridad a la normativa impugnada, el legislador estatal ha regulado en los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, las reglas de acceso de los legitimados a los archivos digitales de personas fallecidas, con la expresa mención que, en las comunidades autónomas con derecho civil propio se estará a lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación (art. 96.4), no permite sanar la carencia de competencia autonómica para aprobar los preceptos legales impugnados. Conforme al principio de indisponibilidad de las competencias, esta salvedad nunca podrá entenderse referida a la ordenación de los registros e instrumentos públicos a que se refiere el artículo 149.1.8 de la CE. En esta materia, es el Estado el que ostenta la competencia normativa plena, lo que significa que, ninguna disposición autonómica puede ordenar sin incurrir en inconstitucionalidad, por invadir la competencia exclusiva estatal, la creación y regulación de registros jurídicos de carácter civil. En consecuencia, en esta materia, la comunidad autónoma de Cataluña solo puede ejercer funciones ejecutivas. Dicho de otro modo, para el Tribunal, no está en cuestión la potestad del legislador autonómico para regular, al amparo de la competencia en materia de derecho civil privativo de Cataluña, la disposición *mortis causa* de las voluntades digitales, como el artículo 96.4 de la Ley Orgánica 3/2018 viene a reconocer, sino que, esa regulación no puede extenderse, so pena de incurrir en invalidez, precisamente, a la creación de un registro de naturaleza civil, como el creado por la Ley 10/2017. Se advierte, asimismo, por este Tribunal que, los artículos 3.2 y 96.3 y la disposición final decimoquinta de la citada Ley Orgánica 3/2018 habilitan al Gobierno para establecer mediante Real Decreto un registro en el que hayan de inscribirse los mandatos e instrucciones del causante a las personas que hubiese designado expresamente para poder acceder a sus datos personales y solicitar del responsable o encargado del tratamiento su rectificación o supresión, en su caso, así como para acceder a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información e impartirles las órdenes oportunas sobre su utilización, destino o supresión y para cumplir la voluntad del causante respecto del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales en redes sociales. En definitiva, ha de concluirse que, el legislador autonómico ha procedido, mediante la creación del registro en el que han de inscribirse los documentos de voluntades digitales, a la ordenación de un registro jurídico de carácter civil, lo que excede de su ámbito competencial e invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la CE). 5. Por lo que, atendiendo a lo expuesto, debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 10 de la Ley 10/2017 que,

introduce la disposición adicional tercera del libro cuarto del Código civil de Cataluña. Se trata de un registro jurídico de derecho privado, que solo puede ser establecido por el Estado, al amparo de su competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. Por conexión con el artículo 10 se impugna también en el presente recurso el artículo 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017 y ambos preceptos han de ser, igualmente, declarados inconstitucionales y nulos, conforme a lo razonado. Debe, asimismo, declararse por el mismo motivo la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 411-10.3 b) del libro cuarto del Código civil de Cataluña y también por idéntica razón el artículo 421-24.1 del libro cuarto del mismo Código en la redacción dada por el artículo 8 de la Ley 10/2017 en el inciso al que debe ceñirse la impugnación del presente recurso, por lo que, esta declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad no ha de afectar al resto del enunciado del precepto, respecto de cual no cabe apreciar exceso competencial.

Se ha planteado a esta sentencia un voto particular discrepante que, formula la magistrada doña Encarna Roca Trías. Está de acuerdo con la sentencia respecto a que la naturaleza del litigio en este recurso es puramente competencial y también con la interpretación de la competencia que, en ella se hace relativa a la posibilidad de creación de registros por la comunidad autónoma de Cataluña, tal como ha venido siendo delimitado por este Tribunal. Sin embargo, no está de acuerdo con la calificación como civil del registro electrónico de voluntades digitales, pues, entiende que su naturaleza es administrativa y que la Generalitat de Cataluña ostenta competencia legislativa para crearlo y ordenarlo. Así indica al respecto que, si se examina lo dispuesto en el artículo 411-10.3 b) del Código civil de Cataluña, hay que concluir que, ya desde este momento la sola inscripción del documento de voluntades digitales en tal Registro no determina ni la naturaleza jurídico-civil de tales disposiciones, ni la del propio registro. Por otra parte, existen actos y negocios que, para su validez requieren de inscripción, y sin embargo, no son actos o negocios jurídico-civiles, o bien el registro donde se inscribe su constitución no tiene naturaleza civil, por ejemplo, el registro de asociaciones o el de fundaciones, cuya inscripción es determinante para que las recién constituidas adquieran personalidad jurídica. Por lo que, tal naturaleza constitutiva de la inscripción no determina que los registros correspondientes tengan naturaleza civil. En consecuencia puede decirse que, la naturaleza constitutiva o netamente declarativa de las inscripciones de los hechos, actos y negocios jurídicos no determina ni la naturaleza civil de los mismos ni la del registro donde se inscriben. Por otra parte, señala que, no todos los actos que, adquieren eficacia a la muerte de una persona entran en la categoría de derecho de sucesiones, como sucede con los nombramientos tutelares no testamentarios o los poderes otorgados en previsión de incapacidad, para los que concretamente en Cataluña están creados registros específicos. Igualmente, cita el registro de parejas estables, todos ellos afectantes a actos relativos al derecho civil de la persona, muchos de los cuales adquieren plena vigencia tras el fallecimiento de la persona, pero no competen a la sucesión de esta, y cuyos registros, además, tiene naturaleza administrativa como acontece, por ejemplo, con el registro de contratos de seguridad de cobertura de fallecimiento. A ello añade esta magistrada que, la sentencia parte de la idea que las voluntades digitales son actos de disposición respecto del patrimonio digital de una persona y que, por ello, el registro al que acceden tales disposiciones tienen naturaleza civil. Frente a ello señala que, cabe subrayar en primer lugar que, tan siquiera el propio registro de actos de última voluntad creado con carácter previo incluso del Código civil, tiene naturaleza civil a efectos del artícu-

lo 149.1.8 de la CE, sino que es un registro administrativo instaurado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 y que se encuentra orgánicamente adscrito al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su funcionamiento carece de los requisitos connaturales a los registros civiles, pues, entre otras cosas solo publicita o da a conocer la existencia o inexistencia de tales voluntades, pero no declara o reconoce derechos subjetivos de algún tipo, ni existen función calificadora alguna del registrador en orden al control de legalidad del acto de inscripción en su condición de funcionario público del registro. En definitiva, para la citada magistrada, puede afirmarse que, son numerosos los actos y negocios jurídicos civiles susceptibles de inscripción en los registros y no por ello tales registros gozan de naturaleza civil, sino que puede tenerla administrativa. Por lo que, considera que, la sentencia se limita a señalar que su objetivo son las «relaciones privadas», sin tener en cuenta la naturaleza de otros registros creados por leyes civiles catalanas, que requieren de la inscripción de determinados documentos o acuerdos para su validez o inciden directamente sobre las relaciones privadas y que no han sido considerados como registros de naturaleza civil.

En cuanto al artículo 411-10 del Código civil catalán, señala que, si se observa pausadamente esta norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se llega fácilmente a la conclusión que, al documento de voluntades digitales, aunque se le denomine «testamento digital» en rigor no es tal y que tan siquiera se trata de un tipo de testamento o de un testamento especial. Por ello cree que, puede afirmarse que el documento de voluntades digitales al que se refiere la norma impugnada no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante que, con independencia del soporte digital en el que se encuentran en todo caso forman parte del caudal hereditario y son objeto de la sucesión. Lo que, en realidad contiene el documento es la voluntad del fallecido respecto a la realización de actividades muy concretas que, estén directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa*, como las de comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar la cancelación de las cuentas activas o que ejerciten cláusulas contractuales o que activen las políticas establecidas para los casos de defunción y en su caso, libren una copia de los archivos digitales que, estén en sus servidores. Por lo que, en su opinión, el hecho que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que a tales disposiciones se les denomine de manera semejante a las testamentarias no significa que, tengan tal naturaleza testamentaria, ni que deban custodiarse en un registro civil. Por lo que concluye que, de este modo la utilidad del registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al registro general de actos de última voluntad. Y se configura como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, de trata de un registro que, queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos que recoge el artículo 149.1.8 de la CE³⁸.

De todas formas, la Ley 10/2017 que regula el régimen de las voluntades digitales en caso de muerte y designa la persona encargada de su ejecución, se pueden contener en testamento, en codicilo o memorias testamentaria, y también en un documento de voluntades digitales que se inscriben en un Registro electrónico de voluntades digitales que, según el preámbulo de la Ley es un registro

administrativo que, se crea con el objetivo de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales. Ahora bien, de lo que duda y en la línea con la sentencia del Tribunal Constitucional que, no estamos ante un simple registro administrativo, sino ante un registro de derecho privado de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 de la CE) desde el momento que para la eficacia del documento *ad hoc* de voluntades anticipadas se exige su necesaria inscripción y la prueba de ello, se tiene en que, tanto en el propio preámbulo de la Ley como a lo largo de su articulado (arts. 411-10.3 b); y 421-24.1 CCCat.) se establece de forma expresa que, deben inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales los documentos de voluntades digitales.

En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO ha señalado acertadamente que «la inscripción del negocio jurídico recogido en el documento de voluntades digitales tiene, pues, carácter constitutivo, es decir, es un requisito *sine qua non* para la eficacia del mencionado negocio jurídico *mortis causa*», a lo que añade el autor que «no parece que se pueda albergar la menor duda sobre la eficacia civil o sustantiva del Registro electrónico de últimas voluntades, puesto que el mismo es causa para la eficacia de un negocio jurídico *mortis causa* especial, cuya especialidad radica en que se limitaba designar a un sucesor contractual del causante». Además precisa que «la ordenación que la Ley 10/2017 establece para el Registro electrónico de voluntades digitales no limita sus efectos a informar de la existencia de un documento de últimas voluntades digitales del causante, sino que —como ya he dicho— su eficacia va más allá, puesto que sin la inscripción de la que informa lo dispuesto en ese documento, la legitimación que en el mismo se concede a la persona designada para ser el único interlocutor de los operadores de servicios digitales existentes en el momento de su fallecimiento, no tendría lugar. En efecto, se prevé que los documentos de voluntades digitales sin inscribir en el Registro creado *ad hoc* carecen de esa eficacia legitimadora de las personas designadas en los mismos». Por lo que concluye que «en verdad lo que ocurre es que la eficacia informativa de este Registro no es sino una consecuencia necesaria de su eficacia civil o sustantiva, puesto que es la forma de garantizar que la voluntad digital recogida en el documento prevalezca frente a la legitimación que derivaría en su caso a favor de los sucesores *mortis causa* legales del causante»³⁹.

VII. OTRAS NORMATIVAS EXTRANJERAS CERCANAS A NUESTRO ENTORNO

En Francia, la Ley 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 *pour une République numérique* (para una República digital) —que entró en vigor el 9 de octubre de 2016— ha regulado la materia y, al igual que, la normativa catalana, han dado prevalencia a la intimidad del causante, y, por ende, al no acceso a sus datos salvo que este haya manifestado lo contrario, otorgando voluntades digitales o directrices, frente a nuestra Ley Orgánica 3/2018 que, da prevalencia a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o a los herederos para poder dirigirse a los prestadores de la sociedad de la información con el objeto de acceder a los datos del fallecido o incluso ejercitar la rectificación o supresión de los mismos⁴⁰.

Centrándonos en la legislación francesa, en el artículo 63 de esta Ley 2016-1321 se modifica el artículo 40-1 de la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 permitiendo a toda persona definir las directrices relativas a la conservación, eliminación y a la comunicación de sus datos personales tras su muerte. Estas

directrices pueden ser generales o particulares. Las directrices generales son las relativas al conjunto de los datos personales, que pueden estar en poder de un tercero de confianza certificado por la autoridad nacional francesa de protección de datos y, se inscriben en un registro único, donde las modalidades y el acceso son fijadas por decreto del Consejo de Estado tras dictamen motivado y público de la autoridad nacional francesa de protección de datos. Las directrices particulares conciernen a los datos concretos que son mencionadas en las propias directivas y son objeto de consentimiento de la persona afectada. En tales directrices generales y particulares se pueden designar la persona encargada de ejecutarlas. En defecto de designación, corresponde tal ejecución a los herederos. Al fallecimiento de la persona, tanto la persona designada por el causante como, en su caso, los herederos, deben comunicar tales directivas a los responsables del tratamiento. Se exige, asimismo a estos que, informen previamente a los usuarios del destino de sus datos personales en el momento del fallecimiento, así como la posibilidad de elegir comunicar o no tales datos a un tercero que designe. En todo caso estas directrices se pueden modificar o revisar en todo momento. En el caso que no se hubieran establecido directrices o dispuesto lo contrario en las mismas, los herederos de la persona afectada puede ejercer tras su fallecimiento los derechos mencionados en este artículo en la medida que sean necesarios: 1. Para la organización y regulación de la sucesión del difunto. A tal efecto, los herederos pueden acceder a los datos de carácter personal de su causante a fin de identificar y conocer las informaciones necesarias para la liquidación y partición de la herencia. Y, también pueden recibir comunicación de los bienes digitales o de datos que sean recuerdos de familia, transmisibles a los herederos; 2. Comunicar a los responsables del tratamiento el fallecimiento. A tal fin, pueden los herederos proceder a cerrar las cuentas utilizadas por el difunto, oponerse a que prosiga el tratamiento de los datos o proceder a su actualización. Cuando los herederos solicitan a los responsables del tratamiento cualquiera de las peticiones indicadas, estos deben justificar que, sin coste para aquellos, han procedido a cumplir con tales peticiones. Por último, cualquier proveedor de servicios de comunicación al público en línea debe informar al usuario del destino de sus datos después de su muerte y permitirle elegir comunicarlos o no a un tercero por él designado.

De todas formas conviene precisar que, la Ley 10/2017 prevé que se puedan convenir instrucciones sobre el destino de nuestro patrimonio digital en un documento *ad hoc* de voluntades digitales al que habrá de atenderse en caso de no haber otorgado disposiciones de última voluntad (art. 411-10.3 CCCat.) y que ha de inscribirse en un Registro electrónico de voluntades digitales y, el artículo 40 de la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 también regula la posibilidad que directrices generales o particulares relativas a dicho patrimonio digital se contengan en un documento de voluntades digitales que, igualmente, deben inscribirse en un registro público creado a tal efecto. Sin embargo, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos en sus artículos 3 y 96 no hace referencia expresa a un documento *ad hoc* de voluntades o directrices digitales, solo a la posibilidad de establecer en documento la prohibición de acceso a sus datos o de solicitar su rectificación o supresión a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o herederos (art. 3.1 apartado segundo), o en el supuesto de contenidos gestionados por prestadores de la sociedad de la información la prohibición también de acceso, o de solicitud de modificación o eliminación a las personas indicadas en líneas precedentes. Si bien dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudieran formar

parte del caudal relicto [art. 96.1 a) apartado segundo]. El juego de la autonomía de la voluntad se ve reducido en esta norma frente al amplio desarrollo de la legislación catalana y francesa en los términos analizados.

En Italia, el Código en materia de protección de datos personales ha sido modificado por el Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018 de adaptación de la normativa nacional al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y en su artículo 2 terdecies se regula los derechos relacionados con la persona fallecida disponiendo en primer lugar que, los derechos de los artículos 15 a 22 del Reglamento referidos a los datos personales de la persona fallecida podrán ser ejercitados por quien tenga un interés propio o actúe en tutela del interesado, en calidad de mandatario o por razones familiares dignas de protección —legitimación amplia—. En segundo lugar, se precisa que, el ejercicio de tales derechos no procederá cuando no se admite en los casos previstos en la ley o, cuando está limitado por la propia oferta de los servicios de la sociedad de la información, o, en fin, el interesado lo ha expresamente prohibido con declaración escrita presentada al titular del tratamiento o a este último comunicada. En todo caso, la voluntad del interesado de prohibir el ejercicio de tales derechos debe resultar establecida de modo inequívoco y ser específica, libre e informada. Si bien, la citada prohibición se puede limitar al ejercicio de solo algunos de tales derechos. No obstante, el interesado tiene en todo momento el derecho a revocar o modificar dicha prohibición⁴¹. En fin, la prohibición no puede producir efectos perjudiciales para el ejercicio por parte del tercero de derechos patrimoniales que derivan de la muerte del interesado, además del derecho a defender en juicio sus propios intereses.

Y, en Portugal, la Ley número 58/2019, de 8 de agosto de ejecución del Reglamento (UE) del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 en su artículo 17 se refiere a la protección de datos de personas fallecidas y establece que los datos de tales personas son protegidos en los términos del Reglamento General de Protección de Datos y de la presente Ley cuando se integren en categorías especiales de datos personales a los que se refiere el número 1 del artículo 9 del citado Reglamento, o cuando se refieren a la intimidad de la vida privada, a la imagen o a los datos relativos a las comunicaciones prevenidos en los casos previstos en el número 2 del mencionado artículo 9. Los derechos previstos en el Reglamento relativos a los datos de personas fallecidas son los derechos de acceso, rectificación y cancelación y son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para ello, y a su falta, por sus herederos. De todas formas, los titulares de datos personales pueden, igualmente, en los términos legales aplicables, dejar establecida la imposibilidad de ejercicio de los derechos referidos para después de su muerte.

Fuera del espacio europeo, CÁMARA LAPUENTE alude a que «la *Uniform Law Commission* de Estados Unidos publicó una Ley modelo en 2014 que, fue modificada en 2015 con el nombre de *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (Ley Uniforme Revisada de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos digitales) que está en vigor en prácticamente todos los Estados norteamericanos (en 42, en concreto y en 2 más en curso de aprobación en 2019)». Estas normas indica el citado autor «permiten al así llamado “fiduciario” del causante gestionar bienes digitales como archivos informáticos, nombres de dominio, dinero virtual, etc., pero restringen su acceso a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas en redes sociales, salvo que el usuario original le hubiese autorizado en un testamento, *trust*, poder u otro archivo (en cuyo caso solo podrán acceder a la lista de mensajes enviados y recibidos, el llamado

«catálogo de las comunicaciones» que, incluye el correo del interlocutor, pero no el contenido de los correos)⁴². También alude como iniciativa en curso en el seno del *European Law Institute* la constitución de un grupo de trabajo «para redactar un borrador de Directiva para toda la Unión Europea sobre esta materia»⁴³.

Por su parte, en el ámbito jurisprudencial europeo MORETÓN SANZ hace referencia a la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGH) de 12 de julio de 2018 que resolvió a favor de una madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012. Como señala la autora «la pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía había bloqueado por razones de privacidad, por si de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas». Pues bien como precisa la autora «de la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que pueden tener acceso completo a la cuenta de su hija» Por lo que con este fallo «según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente». Ciertamente concluye la autora que «en buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente»⁴⁴.

VIII. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información han implementado protocolos de actuación en caso de fallecimiento de sus usuarios y, a tal fin ponen a disposición de estos la posibilidad de decidir que hacer con sus cuentas y archivos digitales para después de su fallecimiento. Así la red social Facebook permite que sus usuarios designen un «contacto legado» que será la persona de su confianza que se encargue de administrar su perfil, su cuenta, en caso de su fallecimiento. En todo caso, Facebook no permite a ninguna otra persona (familiar o amigo) ni, en su caso, al «contacto legado» acceder a la cuenta, salvo autorización judicial, ni decidir sobre su mantenimiento o no, como si estuviera vivo, pues, corresponde solo al titular elegir entre eliminar la cuenta con carácter permanente tras su fallecimiento o, por el contrario, convertirla en una cuenta conmemorativa⁴⁵. En este último caso, la cuenta permanece tal como está, con los accesos permitidos por su titular atendiendo a cómo la hubiese configurado en su momento (con acceso al público o solo a amigos o familiares), informándose de esta nueva situación de la cuenta en su perfil, y dando la posibilidad de amigos y familiares que, escriban en el muro a modo de recuerdo. En todo caso, se permite la solicitud de eliminación de la cuenta por los familiares, o el albacea, si bien exigiendo al respecto, que se proporcionen documentos que, acrediten tanto el fallecimiento del titular de la cuenta, como que quien lo solicita tiene la condición de familiar cercano o albacea, no hace falta acreditar, en principio, la condición de heredero; y, también por el contacto legado. Si bien, este no puede publicar nuevo contenido o modificar el publicado, pero sí responder a nuevas solicitudes de amistad⁴⁶.

En el caso de Twitter se permite que, los familiares directos o representantes legales soliciten la eliminación de la cuenta del fallecido o de imágenes o videos relacionados con el mismo. Para la efectividad de esta solicitud se debe remitir

por los herederos o la persona designada para ello por el fallecido vía correo electrónico a dicho proveedor de red, además de la petición de eliminación de la cuenta, información sobre la misma y una serie de documentos acreditativos del fallecimiento del usuario —copia del certificado de defunción—, además del DNI del solicitante. En ningún caso, se va a proporcionar acceso a la cuenta del fallecido, cualquiera que sea la relación que tenga el solicitante con el fallecido, ni de poder seguir usando su perfil⁴⁷.

LinkedIn, red de contactos profesionales, actualmente propiedad de Microsoft, posibilita mediante un formulario que, se notifique el fallecimiento de una persona, con independencia de su relación con el fallecido —amigo, familiar, compañero de trabajo— y, asimismo, se solicite la eliminación de su perfil. No se dispone nada sobre el acceso a la cuenta y sobre la descarga de su contenido⁴⁸.

La plataforma *Instagram* contempla en su «política de uso» la doble posibilidad de eliminar la cuenta o convertirla en conmemorativa⁴⁹.

Por su parte, Google permite a través de un «Plan de cuenta inactiva» que sus usuarios designen a una o varias personas —«contactos de confianza»— para que puedan acceder a sus datos contenidos en las diferentes aplicaciones gestionadas por este motor de búsqueda —Gmail, Youtube, Chrome—; y, asimismo que, terceros notifiquen el fallecimiento de un usuario. En todo caso, las personas designadas por este pueden descargar contenidos de dichas aplicaciones, si así lo ha previsto el usuario, en un plazo no superior a tres meses anterior al momento a partir del cual la cuenta queda eliminada⁵⁰. Si no se opera así, Google cancela las cuentas que detecten inactivas.

Señala acertadamente MORALEJO IMBERNÓN que las condiciones generales de uso de estas plataformas deberán atenerse a la normativa de derecho sucesorio; por lo que «será nula cualquier condición general en la que la plataforma declare su intransmisibilidad *post mortem*»⁵¹

En la actualidad se han desarrollado modelos de negocios, donde prestadores de servicios por un lado, ofrecen como un servicio la posibilidad de almacenar las instrucciones que, cualquier persona que opera en Internet, quiere otorgar para determinar, una vez que fallezca, qué hacer con sus «contenidos digitales», y por ende con su «patrimonio digital» y, en todo caso, a quien deben ser entregados o deben ejecutarlo —personas designadas por el propio fallecido—. Se trata, como señala ALIÑO SEHWERT de una «cápsula digital» que «se deposita en la empresa gestora hasta el momento de su fallecimiento, y a la que el titular tendrá acceso durante toda la vida, actualizando los datos consignados en la misma, tanto sobre los contenidos como sobre las instrucciones». Y añade que «quedan grabadas con tecnología *blockchain* para garantizar su veracidad y trazabilidad. Una vez fallece el usuario, se activa un *smart contract*, un programa autoejecutable y automática que, pone en marcha las disposiciones del causante, con certificación notarial»⁵²; por otro lado, quienes se ofrecen para confeccionar «un testamento digital»; o, en fin, «quienes custodian las contraseñas de acceso a cuentas y perfiles digitales y entregarlas al designado por el causante o gestionar su cancelación, o de aseguradoras que ofrecen servicios de borrado de todo rastro digital en el seguro de hogar o decesos»⁵³. SOLÉ RESINA cita a la empresa norteamericana Legacy Locker que «ofrece la posibilidad de custodiar las contraseñas de las redes sociales y plataformas *on line* y entregarlas, una vez conocido el fallecimiento de su titular a la persona que este designe», y a la española Tellmebye que «asegura redes, nubes, archivos o contenidos digitales que luego entregan a los administradores, una vez notificada la situación de enfermedad o defunción». Y, asimismo, la citada autora alude a webs como Eternime que «crea

bots y ofrece “vivir para siempre como un avatar digital” para conseguir no ser olvidado, posibilitando que las personas del futuro puedan interactuar con los recuerdos e historias de las fallecidas como si hablaran con ellas⁵⁴.

IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos señalado, el derecho a la protección de datos se extingue con la muerte de su titular, lo que también sucede con otros derechos fundamentales y personalísimos como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No obstante, como se indica en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen apartado ocho «(...) Aunque la muerte del sujeto del derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de la persona a quien esta hubiera designado en su testamento, o defecto de ella a los parientes supervivientes y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente». La defensa de la memoria *defuncti*. Al respecto el artículo 4 establece que: «1. El ejercicio de las acciones de protección civil al honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien esta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal que, podrán actuar de oficio o a instancia de la persona interesada, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento. 4. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores». El elenco de las personas legitimadas es amplio y, como señala MINERO ALEJANDRE en cascada⁵⁵, sin que se haga referencia expresa a los herederos, pues, en todo caso el interés que se protege es la dignidad y la memoria del fallecido —que no forma parte de la herencia— y no su patrimonio⁵⁶. No obstante, sí participan los herederos de las indemnizaciones por daño moral en la proporción en que la sentencia estime que, han sido afectados. El importe de la indemnización se entenderá comprendido en la herencia del perjudicado (art. 9.4 de la citada Ley Orgánica 1/1982). En todo caso, podrán ser varios los sujetos legitimados para ejercitar las acciones de defensa de los derechos de personalidad del difunto —bien de forma acumulativa o alternativa o bien sucesivamente— (art. 5 de la Ley Orgánica 1/1982)⁵⁷; y, junto al cónyuge estará también legitimada activamente también la pareja de hecho o unida de forma análoga a la conyugal. En cuanto a la

legitimación del Ministerio Fiscal, solamente actuará de oficio o a instancia de persona interesada cuando falten todas las personas mencionadas y no hubiera transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del agraviado. De todas formas, además de la protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen del finado frente a intromisiones ilegítimas, la Ley Orgánica 2/1984, de 27 de marzo reguladora del derecho de rectificación en su artículo 1.2 atribuye legitimación para ejercitar el derecho de rectificación, si el perjudicado hubiera fallecido, a sus herederos o los representantes de estos. En este supuesto se reconoce únicamente legitimación para el ejercicio de tal derecho a los herederos.

De todas formas, como señala acertadamente CÁMARA LAPUENTE la Ley Orgánica 1/1982 «no se preocupa propiamente de los aspectos patrimoniales relativos a la explotación económica de la identidad pretérita (tales como el nombre, la voz o la imagen, por lo demás, tan susceptible de uso no autorizado en el mercado digital)»⁵⁸.

Por otra parte, atendiendo al principio de especialidad existen regulaciones específicas que prevén lo que sucede con el acceso de determinada información de la persona fallecida, en concreto en relación con el acceso a la historia clínica y los datos relativos a la salud que, se contienen en ella, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone en su artículo 18.4 que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facultan el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para la salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudiquen a terceros». De forma que, la regulación de protección de datos se debe completar con esta regulación especial y atender a que podrán acceder al historial clínico del paciente fallecido las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, salvo que aquel lo hubiese prohibido expresamente, pero con importantes limitaciones en cuanto al contenido pues, no se facilitarán los datos que afecten a su intimidad, ni las anotaciones realizadas por el personal sanitario en la propia historia clínica o los datos que pueda perjudicar a terceros. También se puede facilitar el acceso a un tercero, pero solo en caso que se acredite que existe un riesgo para la salud, si bien solo a aquellos que resulten necesarios para paliar o acabar, en su caso con ese riesgo para la salud.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Primera, de 20 de junio de 1993.
- STC, Sala Segunda, de 4 de mayo de 1998.
- STC, Pleno, de 30 de noviembre de 2000.
- STC, Pleno, de 17 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2016.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2018.
- SAP A Coruña, sección 6.ª, de 27 de marzo de 2013.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento (UE). Comentarios doctrinales, Normativa, Formularios y Esquemas*, Madrid: Sepin.
- APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, coordinadores Alfredo Batuecas Caletroy y Juan Pablo Aparicio Vaquero, Granada.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X). En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* número 110, mayo-agosto (versión digital).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en la patrimonio digital: una aproximación, *El Notario del Siglo XXI*, número 84, marzo-abril, 138-144.
- (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX (Conferencia pronunciada el día 24 de enero de 2019), 377-432.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2017). La Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 74-78.
- GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 1-10.
- (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 1-14.
- (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital», *Diario LA LEY*, número 9315, sección *Tribuna*, 11 de diciembre, 1-3.
- GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 12, núm. 1, 908-929.
- IGLESIAS PAJARES, R. (2018). Comentarios a la Sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019, *La Notaría* 3, 37-39.
- MALDONADO RAMOS, I. (2017). Y ahora... ¿el testamento digital?, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre, 142-145.
- MINERO ALEJANDRE, G. (2018). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las Leyes Orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXIII, Fasc. I, 241-281.

- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 955-977.
- NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 59-88.
- OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre, 89-133.
- SANTOS MORÓN, M.^a J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 10, núm. 1, 413-438.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, Fasc. II, 417-440.

NOTAS

¹ RTC 1998/94. Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254).

² RTC 2000/292. Dispone, precisamente, en su *Fundamento de Derecho* 5.º que «el artículo 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática», lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F. 7, 11/1998, F. 4, 94/1998, F. 6, 202/1999, F. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998, F. 4). Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Y añade en su *Fundamento de Derecho* 6.º que: «...El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para la persona o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor; la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales,

porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

³ El considerando número 27 dispone que «El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas»; por su parte, el considerando 158 establece «El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas. Las autoridades públicas o los organismos públicos o privados que llevan registros de interés público deben ser servicios que están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, a adquirir, mantener, evaluar, organizar, describir, comunicar, promover y difundir registros de valor perdurable para el interés público general y facilitar acceso a ellos. Los Estados miembros también deben estar autorizados a establecer el tratamiento ulterior de datos personales con fines de archivo, por ejemplo a fin de ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político bajo antiguos regímenes de Estados totalitarios, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, en particular el Holocausto, o los crímenes de guerra»; y finalmente, el considerando número 160 señala que «El presente Reglamento debe aplicarse asimismo al tratamiento de datos personales que se realiza con fines de investigación histórica. Esto incluye asimismo la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas».

⁴ Recordemos que la huella digital permanece en el tiempo.

⁵ En esta línea, ALIÑO SEHWERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento (UE). Comentarios doctrinales, Normativa, Formularios y Esquemas*, Madrid: Sepin, 588.

⁶ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *Actuación Civil*, número 7-8, julio-agosto, 3. En esta línea, *vid.*, asimismo, BARRIO ANDRÉS M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X). En: J. López Calvo (coord.). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Barcelona: Bosch, 263.

⁷ *Vid.*, GARCÍA HERRERA V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 4; SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, Fasc. II, 421; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información. En: A. Batuecas Caletro y J.P. Aparicio Vaquero (coords). *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Granada, 173 y 175, define herencia digital como «un modo de referirse conjuntamente a toda una serie de bienes y derechos que, cuando no se extinguen con la muerte del titular (o son destruidos, en aplicación de las condiciones del servicio), hemos de entender que forman parte del caudal relicto, teniendo en común (a diferencia del resto) su forma de presentación —electrónica—, frente a las tradicionales formas físicas (materiales, corpóreas) o analógicas».

⁸ BARRIO ANDRÉS M. (2019). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X), *op. cit.*, 265; GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 4; SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 421; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 177-179; CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en la patrimonio digital: una aproximación, *El Notario del Siglo XXI*, número 84,

marzo-abril, 139; NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *Revista de Derecho Privado*, número 1, enero-febrero, 63-65, señala que respecto al uso de redes sociales estamos ante «una relación jurídica entre el usuario y el titular de la red, dimanante de un contrato atípico que presenta elementos del contrato de servicio, de obra, depósito e, incluso, de arrendamiento de cosa si se contemplan los diferentes servicios que la red social ofrece»; respecto de las cuentas e-mail «permite calificar el contrato con el proveedor de este servicio de la sociedad de la información como un contrato atípico con elementos de contrato de servicios y del arrendamiento»; en cuanto a las cuentas para juegos *online* «además de licenciarse el software correspondiente, se celebra un contrato de uso de la cuenta de juego con la plataforma tecnológica correspondiente (...). Se trata de un contrato atípico que participa, de nuevo, del contrato de servicios, obras y arrendamiento de bienes»; si estamos ante cuentas para usar contenido *online* «se habrá celebrado un contrato de compraventa o de suministro digital con la licencia de uso correspondiente»; en fin, en los diversos foros, blogs y chats, para la citada autora, «nos hallamos ante un contrato de uso que participa de los caracteres de un contrato de servicio y de obra».

Por su parte, el artículo 59 bis.1 i) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria define contenido digital como «los datos producidos y suministrados en formato digital».

De igual forma, el artículo 2.11) de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se drogan la Directiva 857577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo conceptúa contenido digital como «los datos producidos y suministrados en formato digital» y en su considerando número 19 complementa el citado precepto señalando que por contenido digital deben entenderse «los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenidos digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga, los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que, no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento. Además de los requisitos generales de información, los comerciantes deben informar a los consumidores de la funcionalidad y la interoperatividad pertinente del contenido digital. El concepto de funcionalidad debe hacer referencia a las posibles maneras de utilizar el contenido digital, por ejemplo para el seguimiento del comportamiento de los consumidores y referirse, asimismo, a la ausencia o la presencia de cualquier limitación técnica, como la relativa a los apartados y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de soportes físicos. Conviene que la Comisión estudie la necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de aplicación respecto del contenido digital y, en caso necesario, presente una propuesta legislativa sobre este tema».

⁹ Recientemente se ha aprobado el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre de trabajo a distancia (BOE, número 253, de 23 de septiembre de 2020, 79.929 a 79.971) en su artículo 2 letra a) define trabajo a distancia como «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual este se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por este, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»; y letra b) conceptúa teletrabajo «aquel trabajo a distancia que

se lleve a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».

Asimismo, se refiere al derecho a la desconexión digital en el artículo 18 disponiendo al respecto que «1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación de uso de los medios tecnológicos, de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. 2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades del ejercicio del derecho de desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso».

¹⁰ Lo que ha de relacionarse necesariamente con el principio de exactitud, si una vez fallecido el titular de los datos, estos continúan en poder del responsable del tratamiento (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y artículo 5.1 d) del Reglamento). Señala acertadamente GARCIA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 5, cuando afirma que «se pretende conciliar el reiterado carácter personalísimo del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición con la posibilidad que el responsable del tratamiento de los datos personales tenga conocimiento efectivo de la muerte de su titular y, pueda proceder, en consecuencia, en base al principio de exactitud que debe regir el tratamiento de datos». Asimismo, *vid.*, APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 189; NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 78, indica que «en todo caso las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho solo pueden actuar cuando no existan instrucciones o cuando el causante las ha designado de modo expreso como ejecutoras de las mismas» y añade «si el causante no ha dejado instrucciones, el legislador permita que cualquier familiar o persona vinculada de hecho con el causante pueda, al margen del heredero, tomar medidas acerca del destino del contenido online del causante inmiscuyéndose en la esfera hereditaria y, además, que pueda determinar el uso, destino o supresión de ese contenido».

¹¹ En el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal presentado para su tramitación en el Congreso de los Diputados el artículo 3.1 y 2 establecía un círculo de legitimados más reducido. Así, otorgaba legitimación por una parte, a los herederos de la persona fallecida que, acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho y, por otra, al albacea testamentario así como aquella persona o institución que el fallecido hubiera designado expresamente o así lo establezca la ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 13-1, 24 de noviembre de 2017, 11). Sin embargo, ya en el Proyecto aprobado por el Congreso y mantenido en el Senado que, coincide con la redacción actual se añade como personas legitimadas, además a los herederos a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y se prescinde del albacea.

De todas formas, en el artículo 2.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 se consideraba como personas legitimadas para notificar el óbito como para solicitar, cuando hubiera lugar a ello, la cancelación de los datos del fallecido a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos del fallecido, precisamente, a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o análogas.

No obstante, para GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 12, núm. 1, 928, «permitir la intervención concurrente de tantas personas legitimadas *ex lege*, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto —salvo prohibición expresa por parte del fallecido o establecida por una Ley—, y con facultades tan amplias (poder acceder y, además, decidir sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos digitales o bien la rectificación o supresión de los datos personales), además de resultar excesivo, puede plantear problemas desde un punto de vista práctico». En esta línea, MORALEJO IMBERNÓN N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXXIII, Fasc. I, 263 entiende que no tiene sentido que los parientes o pareja de hecho a los que se refiere el apartado 1 del artículo 96 de la LOPD puedan en ausencia de instrucciones concretas del causante, adoptar todas estas disposiciones sobre sus contenidos digitales..

¹² Para CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 139, hubiera sido más conveniente que, la excepción hubiera sido la regla general, o al menos «matizar mucho quiénes son las personas legitimadas para ese acceso y gestión de los intereses digitales del finado». Por su parte, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 245-246, señala que «esta prohibición no podrá impedir el acceso de los herederos a aquellos “datos de carácter patrimonial” del causante, que fueran necesarios para llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia (v.gr., IBAN o claves de acceso a las cuentas bancarias)».

¹³ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 77.

¹⁴ El artículo 3.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal presentado para su tramitación en el Congreso de los Diputados consideraba como sujeto legitimado al albacea testamentario así como aquella persona o institución que el fallecido hubiera designado expresamente o así lo establezca la ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-1, 24 de noviembre de 2017, 11). Esta legitimación se suprime en el texto del Proyecto de Ley aprobado en el Congreso de los Diputados y remitido para su tramitación en el Senado (BOCG, Senado, número 289, 23 de octubre de 2018, 17), sin saber por qué; y, asimismo, se aprueba como tal en el Senado.

¹⁵ De todas formas, señala OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, número 4, octubre-diciembre, 117 que «teóricamente ese menor, atendiendo a su grado de madurez, podría haber manifestado su voluntad *post mortem*, pero parece que lo habitual será que las facultades ante los prestadores de servicios sean ejercitadas por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal, actuando de oficio o a instancia de cualquier interesado».

¹⁶ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 61 y 66, se refiere como contenido digital de la herencia «al conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento *online* en vida»; y añade que «además debe tenerse presente que, en el seno de las relaciones jurídicas que comprende el contenido digital se pueden suministrar datos que pueden llegar a plasmarse en un soporte físico o tan solo existir digitalmente». Para MORALEJO IMBERNÓN N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 243 y 255, la noción de contenidos digitales «abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en Internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (*ebooks*, archivos musicales o audiovisuales, fotografías), sus criptomonedas (*bitcoins*), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros»; asimismo, señala que en los contenidos digitales se pueden incluir: «perfiles en redes sociales o profesionales como *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn* o *Instagram*; cuentas de correo electrónico como *Gmail* o *Yahoo*;

archivos de audio video alojados en servicios de alojamiento en la nube (como Dropbox); relaciones con proveedores de servicios en línea de archivos de música o audio con los que el fallecido tuviera relación contractual como es el caso de *Spotify* o *Netflix*; operaciones de comercio electrónico cuando el objeto de esa transacción estuviera pendiente de entrega (v. gr., un pedido en *Amazon*); cuentas corrientes en banca online; saldos de criptomonedas; y servicios de pago en línea como *PayPal*». Por su parte, OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión de los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *op. cit.*, 92-93, señala que los bienes o recursos digitales abarcan «cuentas en redes sociales, documentos, videos o fotos almacenados en la nube, etc., lo que en esencia, acabamos de denominar contenidos digitales de carácter típicamente extrapatrimonial, cuyo valor normalmente es sentimental y carente de contenido económico claro para el causante y para quienes le sobreviven. También estarían incluidos en este catálogo no cerrado, otros elementos con claro valor económico, como música, películas, libros o, ya de un modo más patente, el saldo disponible en determinadas aplicaciones de pago o criptomonedas, así como puntos canjeables obtenidos en programas de fidelización».

¹⁷ Al respecto, GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 5, precisa que «puede suceder que, entre los correos intercambiados por el causante hubiera archivos que ostentan un valor patrimonial, y, por lo tanto, sean computables en la herencia, o datos cuyo conocimiento sea necesario para el ejercicio de ciertos derechos frente a terceros». En tales supuestos, considera, asimismo, la autora que «para acceder a dicho contenido, será necesaria una orden u autorización judicial».

¹⁸ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 5; ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595.

¹⁹ Vid., BOCG, Senado, número 298, 14 de noviembre de 2018, 26.

²⁰ Vid., BOCG, Senado, número 298, 14 de noviembre de 2018, 26. La motivación: «El derecho a la protección de datos personales, así como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española que, a pesar de estar estrechamente ligados entre sí, se regulan como derechos independientes. Por lo anterior, es importante diferenciar entre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) y contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.). El respeto a la intimidad y secreto de las comunicaciones no solo es un derecho fundamental en sí mismo, sino que está en muchos casos relacionados con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos que no se extinguen con el fallecimiento de la persona. Por este motivo y puesto que toda comunicación exige para ser tal una, por lo menos, bilateralidad, se hace necesario proteger también la intimidad de terceros implicados en dichas comunicaciones y, con más motivo si los mismos se encontrasen vivos».

²¹ Si bien, para ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital, en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 594, «ante la ausencia de limitación legal, incluso rechazada por el legislador, entiende que, el derecho de acceso podría comprender las claves personales», no obstante se inclina a pensar que «no será así. Raro es que el prestador de servicios que envía al usuario las claves de acceso, de modo que, su aportación a un tercero tampoco tendría demasiado sentido. Pero es que, además, ello puede conllevar un peligro real: muchos usuarios utilizan las mismas claves para acceder a distintos servicios, con lo que no se les estaría facilitando el acceso únicamente a este servicio, sino, posiblemente, a varios».

²² ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595.

²³ NAVAS NAVARRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 73 y 79.

²⁴ MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 251.

²⁵ En esta línea, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX, 409; NAVAS NAVA-

RRO, S. (2020). Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital», *op. cit.*, 65.

²⁶ Esta regulación contrasta con la que se contenía en el artículo 2.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que, a las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares y análogas solo podrían dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamiento que contuviesen datos personales del fallecido con la finalidad de notificar el óbito, aportando para ello acreditación suficiente del mismo y solicitar, cuando hubiera lugar a ellos, la cancelación de los datos.

En todo caso, atendiendo a la actual regulación para CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 144, «la admisión sin matices de un «acceso» a los datos y contenidos digitales del fallecido (con una vaga remisión a prohibiciones legales) es un manifiesto exceso que podrán afrontar incluso a la dignidad de la persona fallecida».

²⁷ GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *op. cit.*, 6; BARRIOS ANDRÉS, M. (2018). Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD (Título X)», *op. cit.*, 267; ALIÑO SEHWERERT J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 592; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 276, si bien, precisa que, los notarios consideran que las memorias testamentarias o documentos anexos al testamento podrían ser un instrumento válido; IGLESIAS PAJARES, I. (2018). Comentarios a la Sentencia del Pleno del TC de 17 de enero de 2019, *La Notaría* 3/2018, 39, manifiesta que «en los testamentos abiertos y codicilos, el notario puede ofrecer al testador la información y asesoramiento legal adecuado que incluya en ellos las disposiciones que desee relativas a sus voluntades digitales» y en cuanto a la cuestión del acceso a archivos digitales indica que «nos obliga a articular instrumentos que permitan a la persona designada conocer las claves de acceso a los mismos. Si el deseo del testador es que solo tenga conocimiento de aquellas la persona designada, y esta es distinta del heredero, albacea o administrador, podríamos ofrecer la posibilidad de autorizar actas en las que se recojan dichas claves y cuyas copias solo esté autorizado a solicitar la persona designada»; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 185-186, entiende el testamento digital como «una forma de dictar testamento en línea»; CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 143, señala al respecto que «apelar al “testamento digital” en realidad hace referencia al contenido, a la materia de la que se dispone («herencia») y no a que el instrumento sucesorio sea electrónico». Si bien, para un futuro debate señala que «merece la atención la puerta que abrió la reforma del artículo 65.5 de la Ley Notarial por la Ley de Jurisdicción voluntaria respecto a los testamentos orales en peligro de muerte»; del mismo autor (2019), La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 411-412.

Por su parte, MALDONADO RAMOS, I. (2017). Y ahora... ¿el testamento digital?, *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre, 144, señala al respecto que «no faltan quienes proponen una nueva reforma de la Ley y Reglamento Notariales que permita el alumbramiento de escrituras públicas electrónicas, del mismo modo que la que se efectuó en 2007 introduciendo la copia de igual carácter. Son muchas las dudas que plantea la iniciativa en dicho sentido, pero no parece que los medios técnicos actuales la hagan imposible».

²⁸ En esta línea, GARCÍA HERRERA, V. (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital, *Diario LA LEY*, número 9315, sección Tribuna, 11 de diciembre, 2.

²⁹ GARCÍA HERRERA, V. (2018). Disposición *mortis causa* del patrimonio digital, *op. cit.*, 2-3.

³⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 143.

³¹ En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* número 110, mayo-agosto

(versión digital), 14, quien precisa al respecto que «encontrándonos con materia propia de Ley Orgánica, ocioso resulta decir que la misma está fuera de la competencia de los legisladores autonómicos (art. 81 CE), al tiempo que ello permite cuestionar el alcance de esa remisión del artículo 96.4 a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial, incluso al margen de la incompetencia legislativa para la creación del Registro público en cuestión».

³² BOE, número 173, 21 de julio de 2017, 63631 a 63638.

Un análisis sobre esta Ley 10/2017, de 27 de junio, *vid.*, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2017). La Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad, *Actualidad Civil*, número 7-8, julio-agosto, 1-5.

³³ GINEBRA MOLINS, M.E. (2020). Voluntades digitales en caso de muerte, *op. cit.*, 920, precisa que «aunque el causante haya manifestado sus «voluntades digitales», la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido de contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios (...); y añade «cuestión distinta es si, en su caso, tratándose de estipulaciones no negociadas individualmente, estas pueden ser atacadas por abusivas».

³⁴ Para SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 432, este contenido ya quedaba incluido dentro de las «otras disposiciones para después de la muerte», a las que se refiere el párrafo anterior, por lo que entiende que «poco o nada aporta la adición de este nuevo apartado número 2, pues, de igual manera correspondería al heredero o al albacea dar cumplimiento de estas voluntades del causante, como cualesquiera otras».

³⁵ SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 434, dispone, al respecto, que no tiene sentido esta norma del artículo 421-24 del Código civil de Cataluña porque no presente ninguna especialidad, ni tampoco tiene sentido por el mismo motivo el artículo 428-1 del mismo texto legal, ni en fin, para la autora, resulta difícil de justificar en esta reforma del libro IV, el artículo 421-2.2 que, contempla, expresamente, este contenido del testamento, codicilo o memorias testamentarias.

³⁶ Señala APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 214, que la norma recoge un contenido simplemente ejemplificativo.

³⁷ BOE, número 39, 14 de febrero de 2019, 14535 a 14552.

³⁸ En la línea con el voto particular, SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 438, defiende la naturaleza administrativa del registro argumentando que: «el hecho que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que estas puedan también ser contenido de una disposición de última voluntad no genera ningún problema de relación o coexistencia porque la ley catalana establece la incompatibilidad entre ambos instrumentos y limita la eficacia del documento de voluntades digitales a falta de testamento». Además, «la inscripción de las voluntades digitales no afecta de ningún modo a los derechos personales o patrimoniales de su autor ni a las relaciones de este con terceras personas, efectos estos que sí son propios de la inscripción en los registros privados (Registro Civil, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y Registro de Bienes Muebles)». Por lo que «de este modo la utilidad del Registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al Registro General de Actos de Última Voluntad (que depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y se configura, como la propia Ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias». En definitiva, concluye la autora «se trata de un Registro que queda fuera de la competencia exclusivo del Estado sobre ordenación de los Registros Públicos que recoge el artículo 149.1.8 CE».

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2019). Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital de las personas fallecidas, *op. cit.*, 11-13.

⁴⁰ En esta línea, FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles. En: J. López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD*, Barcelona: Bosch, 916-917.

⁴¹ Al respecto, indica CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 393, que «el legislador italiano, con menos énfasis que el francés, trata de defender al usuario de los servicios digitales frente a renunciaciones que no se basen en el consentimiento informado reforzado que establece el RGPD (art. 6)».

⁴² CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 140.

Por su parte, MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 967, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia (BGH) de 12 de julio de 2018 que resolvió a favor de una madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012. Como señala la autora «la pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía había bloqueado por razones de privacidad, por si de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas». Pues bien como precisa la autora «de la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que pueden tener acceso completo a la cuenta de su hija» Por lo que con este fallo «según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente». Ciertamente concluye la autora que «en buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente».

⁴³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 389.

⁴⁴ MORETÓN SANZ, M.^a F. (2019). Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, marzo-abril, 967. También alude a esta resolución NAVAS NAVARRO S. (2020). «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital»», *op. cit.*, 62, que califica de «verdadero *leading case* en Europa, en esta materia, en relación con el derecho que tienen los herederos a acceder a una red social, en Facebook». Por su parte, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 256, indica, al respecto, que «duda cabe que, en un caso en el que se estuvieran investigando las especiales circunstancias de la muerte de una persona, cabría acceder a su perfil en las redes sociales previa orden judicial. Esto ha sucedido recientemente cuando tras la desaparición de una estudiante española que disfrutaba de una Beca-Erasmus en París, sus amigas declararon a la gendarmería francesa que la chica llevaba varios meses colocando en su «muro» de Facebook mensajes en los que afirmaba que no estaba a gusto en la ciudad porque se sentía perseguida». En fin, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, *op. cit.*, 380-381, asimismo, cita esta sentencia y declara que «el BGH se esmera en argumentos para desdejar que haya una colisión con el secreto de las telecomunicaciones, la protección de datos o incluso la vinculación de los contratos, ya que considera que las condiciones generales que excluían de la herencia esa relación contractual eran abusivas al no superar el control de contenido».

⁴⁵ ALIÑO SEHWERERT, J. (2018). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595; FERNÁNDEZ ACEVEDO, J. (2019). Redes sociales y aplicaciones móviles, *op. cit.*, 918. Por su parte, GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *Actualidad Civil*, número 5, 5 de mayo, 10, precisa al respecto que «las cuentas conmemorativas son un sitio idóneo para que familiares y amigos del titular ya fallecido compartan recuerdos del mismo. Sus características son las siguientes: 1. Aparecerá la palabra «memoria» junto al nombre de la persona en su perfil; 2. En función de la configuración de la privacidad de la cuenta, los amigos pueden compartir recuerdos en la biografía conmemorativa; 3. El contenido que hubiera compartido el titular permanecerá en Facebook y estará visible para el público con el que compartió; 4. Los perfiles conmemorativos no aparecen en espacios públicos como las sugerencias de «Personas que

quizá conozcas», los recordatorios de cumpleaños o los anuncios; 5. Nadie podrá iniciar sesión en una cuenta conmemorativa; 6. Las cuentas que no tengan un contacto de legado no se pueden cambiar; 7. Las páginas con un único administrador cuya cuenta se haya convertido en conmemorativa se eliminarán de Facebook si se recibe una solicitud válida». Y añade que «una vez que la cuenta se ha convertido en conmemorativa, el contacto legado podrá elegir entre: «1. Establecer una publicación para el perfil (por ejemplo, compartir un último mensaje en nombre del usuario o información sobre su funeral); 2. Responder a nuevas solicitudes de amistad (por ejemplo, de viejos amigos o familiares que no estuvieran todavía en Facebook); 3. Actualizar la foto de perfil y de portada; 4. Solicitar la eliminación de la cuenta». Por su parte, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 267 precisa que «las actividades que tiene permitidas el contacto de legado son: hacer una publicación fijada en el perfil del fallecido, actualizar la foto de perfil y la foto de portada, solicitar la eliminación de la cuenta, descargar una copia de lo que el fallecido tenía en la cuenta o aceptar nuevas solicitudes de amistad».

⁴⁶ APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 181-182, no obstante, precisa que, es posible que «el contacto legado tenga determinados privilegios de acceso, aun limitado y que pueda, incluso, descargar ciertos archivos y contenidos de la misma (publicaciones, fotos, vídeos subidos, lista de amigos, datos de contacto del titular, eventos...), pero no otros (leer mensajes privados, anuncios, información de privacidad y configuración, fotos sincronizadas pero no publicadas...)».

⁴⁷ GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *op. cit.*, 11; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 182; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 267.

⁴⁸ GARCÍA HERRERA, V. (2018). El tratamiento de datos de personas fallecidas, *op. cit.*, 11, precisa que esta red social exige «el nombre del fallecido y su relación con el solicitante, el nombre de la última empresa en la que trabajó, la URL a su perfil, su dirección de correo electrónico, la fecha de fallecimiento y el enlace al obituario o esquelá»; APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 183; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 268 precisa que esta red profesional *LinkedIn* recoge en su página web el siguiente aviso «Lamentablemente, puede suceder que te encuentres con el perfil de un colega, compañero de clase o ser querido que ha muerto. Si esto sucede, podemos cerrar la cuenta de esa persona y retirar su perfil por ti. Necesitaremos que nos proporciones lo siguiente: 1. El nombre del miembro; 2. La URL a su perfil *LinkedIn*; 3. Su relación con él; 4. La dirección de correo electrónico del miembro; 5. Fecha de fallecimiento; 6. Enlace al obituario o esquelá; y 7. Última empresa donde trabajó».

⁴⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 268.

⁵⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO, J., Redes sociales y aplicaciones móviles, *op. cit.*, 918, quien precisa que, Google se acerca un poco más a las exigencias del artículo 96; ALIÑO SEHWERT, J.J., El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595 que, asimismo, establece que, se trata de un sistema que se acerca más al espíritu de la Ley; SOLÉ RESINA, J., Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 423; APARICIO VAQUERO, J.P., El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 182.

⁵¹ MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *op. cit.*, 272.

⁵² ALIÑO SEHWERT, J.J. (2019). El «testamento digital» en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, *op. cit.*, 595-596. Asimismo, *vid.*, APARICIO VAQUERO, J.P. (2018). El régimen *mortis causa* de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información, *op. cit.*, 184, se refiere a la *startup* española llamada Tellmebye que «de forma integrada, posibilita que, los usuarios pueden designar personas autorizadas a recibir los archivos de sus cuentas digitales o servicios de almacenamiento en la nube». Además «ofrece la posibilidad añadida de almacenamiento en sus servicios de archivos que, producido el fallecimiento, serán liberados y entregados a la o las personas designadas (lo que denominan “transferencias”)».

⁵³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 140.

⁵⁴ SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo, *op. cit.*, 422.

Por su parte, OTERO CRESPO, M. (2019). La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española, *op. cit.*, 110 alude también a las denominadas *startups* (empresas tecnológicas) que «han detectado hábilmente un nicho de mercado para dar cauce a este tipo de disposiciones. Basta con introducir en un buscador de internet expresiones claves como “herencia digital” o “testamento digital” para detectar empresas en la red como *Mi Legado Digital*».

⁵⁵ MINERO ALEJANDRE, G. (2018). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las Leyes Orgánica 1/1982 y 15/1999*, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 50 y 92.

⁵⁶ En esta línea, CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión «*mortis causa*» en el patrimonio digital: una aproximación, *op. cit.*, 141.

Por otra parte, en cuanto a la transmisión *mortis causa* del componente patrimonial de los derechos de la personalidad construido jurisprudencialmente, recordemos la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2537) en relación con el derecho de imagen del artista Salvador Dalí y su posible patrimonialización, destaca la falta de legitimación activa de la «Fundación Gala-Salvador Dalí» para demandar la protección «post mortem» del derecho de imagen del ilustre pintor, pues, no existe ninguna persona designada para el ejercicio de las acciones previstas en la Ley Orgánica 1/1982 en defensa de la memoria de Salvador Dalí, ya que la escritura de constitución de la Fundación no es el testamento que exige el artículo 4.1 de la citada Ley Orgánica, ni siquiera es un codicilo, como pretende la recurrente, puesto que no contiene disposiciones de última voluntad, sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional. Tampoco la designación testamentaria de un heredero universal equivale a la designación específica que exige el artículo 4.1, que ha querido desvincular la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la memoria del difunto previstas en dicha Ley de la sucesión hereditaria. Además de lo expuesto, la Fundación no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) del artista. Los derechos invocados por la Fundación en su demanda son de contenido netamente patrimonial. La demanda no plantea que la reproducción de la imagen y del nombre del fallecido Salvador Dalí realizada con motivo de la exposición en la que se exponían obras escultóricas integrantes de la denominada «Colección Clot» haya afectado negativamente a la memoria del artista. Se trata simplemente de que, al igual que, ha ocurrido con los derechos de propiedad intelectual e industrial cuya protección se solicitaba en la demanda conjuntamente con el derecho de imagen, los demandados no habían acordado con la Fundación la autorización para el uso de tales signos e imágenes mediante el pago de la correspondiente retribución, razón por la cual se solicitaba, se declarara la vulneración de tales derechos y se condenara a los demandados a cesar en las conductas infractoras, se removieran sus efectos y, además, se les condenara al pago de una indemnización consistente en una regalía del 1% sobre a la cifra de negocios para las infracciones marcarias, también del 1% para algunas infracciones de los derechos de propiedad intelectual. La demanda ha sido interpuesta cuando el titular de la imagen y el nombre, el artista Salvador Dalí, ya había fallecido. Tal circunstancia supone que sus derechos de la personalidad y en concreto el derecho a la propia imagen se

extinguieron con su fallecimiento. Además, aunque existe una creciente patrimonialización de la imagen y de la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, el derecho garantizado por el artículo 18.1 de la CE, por su carácter «personalísimo» (STC 23/1988, FJ3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propia reconocimiento como individuo. Por lo que, concluye la sentencia que, tanto por falta de designación de la Fundación recurrente del modo exigido en el artículo 4.1 como porque la protección que pretende no lo es de la memoria del difunto, sino de intereses de carácter estrictamente patrimonial, ajenos al ámbito de protección de la memoria del difunto en la citada Ley Orgánica, debe conformarse la solución adoptada por la Audiencia Provincial.

⁵⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5908) ejercitan la acción conjuntamente el cónyuge viudo y los hijos del fallecido; en la Sentencia de este mismo alto tribunal y Sala, de 1 de junio de 2016 (RJ 2016, 2323) ejercita la acción el padre del finado; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013, 18176) los hermanos del fallecido.

En todo caso, como precisa MINERO ALEJANDRE, G. (2019). *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, op. cit., 95, nada obsta a que varios sujetos legitimados «opten por actuar bajo la forma de litisconsorcio activo voluntario».

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital, op. cit., 396-397.

1.5. Obligaciones y contratos

Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo

Novatory agreements about floor clauses and waiver of actions according to the latest doctrine of the CJEU and the Supreme Court

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: Tras la STS de 9 de mayo de 2013 muchas entidades bancarias comenzaron a desarrollar políticas de renegociación y novación de las cláusulas suelo incorporadas en sus contratos de préstamo hipotecario. Son estos acuerdos o contratos novatorios el objeto de este estudio; y particularmente, la doctrina jurisprudencial que sobre su validez o eficacia se ha ido desarrollando en los últimos años, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que una vez más ha debido pronunciarse a raíz de varias cuestiones prejudiciales planteadas por un juzgado español. Se analizará críticamente la evolución de esa doctrina desde la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular), hasta las más recientes SSTS números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y número 589/2020, de 11 de noviembre, dictadas con posterioridad a la STJUE de 9 de julio de 2020 (*XZ e Ibercaja*, C-452/18) que ha marcado las pautas de ese control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renunciaciones en ellos incluidas.

ABSTRACT: After the STS of May 9, 2013, many banking entities began to develop renegotiation and novation policies for the floor clauses incorporated into their mortgage loan contracts. These new agreements or contracts are the object of this study; and particularly, the jurisprudential doctrine that on its validity or effectiveness has been developed in recent years, both by the Supreme Court and the Court of Justice of the European Union (CJEU), which once again had to rule as a result of several preliminary questions raised by a Spanish court. The evolution of this doctrine from STS no. 558/2017, of October 16, which was somewhat contradicted shortly after by STS no. 205/2018, of April 11 (which has a private vote), up to the most recent SSTS nos. 580/2020 and 581/2020, of November 5, and no. 589/2020, of November 11, issued after the STJUE of July 9, 2020 (C-452/18) that has set the guidelines for that control and prosecution of the validity and effectiveness of these new «agreements» and the disclaimers in them included.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Novación. Préstamo. Renuncia. Transacción.

KEY WORDS: *Floor clause. Consumer. Novation. Loan. Waiver. Transaction.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NOTAS GENERALES SOBRE LA NOVACIÓN, LA TRANSACCIÓN Y LA RENUNCIA.—III. EFICACIA DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES A TENOR DE LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: 1. LA STS NÚMERO 558/2017, DE 16 DE OCTUBRE. 2. LA STS NÚMERO 205/2018, DE 11 DE ABRIL: A) *Hechos y fundamentos jurídicos.* B) *Voto particular.* C) *Consideración crítica sobre el carácter transaccional del acuerdo.* D) *Consideración crítica sobre la transparencia del acuerdo.*—IV. ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES SEGÚN LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: 1. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS. 2. FUNDAMENTOS DEL TJUE: ANÁLISIS CRÍTICO.—V. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: SSTs DE 5 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Con la STS de 9 de mayo de 2013 por la que se declaró una cláusula suelo nula por abusiva ante su falta de transparencia material (control este acuñado precisamente por esta sentencia) se sucedieron paralelamente dos situaciones: una, la de concretar de modo más definitivo qué efectos temporales y económicos tenía esa declaración de nulidad de las cláusulas suelo y el desarrollo efectivo de la aplicación de ese control de transparencia material en cada proceso (y no solo sobre cláusulas suelo sino también sobre otras cláusulas de préstamos hipotecarios respecto de las que recayó asimismo esa sombra de posible nulidad por abusividad y falta de transparencia); y la segunda, la celebración de pactos novatorios de esos préstamos hipotecarios por los bancos y los prestatarios (o con más rigor y cercanía a la realidad práctica: ofrecimiento de los bancos a los prestatarios de contratos de novación de tales préstamos) en los que, además de reducir o en algunos casos eliminar la cláusula suelo incluida en el préstamo, se recogía una renuncia del prestatario a ejercer cualquier acción judicial por ese contrato y esa cláusula suelo.

Son estos acuerdos o contratos novatorios el objeto de este estudio; y particularmente, la doctrina jurisprudencial que sobre su validez o eficacia se ha ido desarrollando en los últimos años, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que una vez más ha debido pronunciarse a raíz de varias cuestiones prejudiciales planteadas por un juzgado español.

Se analizará críticamente la evolución de esa doctrina desde la STS número 558/2017, de 16 de octubre, que vino en cierto modo contradicha poco después por la STS número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular), hasta las más recientes SSTs números 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y núm. 589/2020, de 11 de noviembre, dictadas con posterioridad a la STJUE de 9 de julio de 2020 (*XZ e Ibercaja*, C-452/18) que ha marcado las pautas de ese

control y enjuiciamiento de la validez y eficacia de esos «acuerdos» novatorios y las renunciaciones en ellos incluidas.

II. NOTAS GENERALES SOBRE LA NOVACIÓN, LA TRANSACCIÓN Y LA RENUNCIACIÓN

Cuando hablamos de novación nos referimos a una modificación de una relación obligatoria o su extinción (en este caso sería novación extintiva). La novación modificativa puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva) de esa relación o contrato. Viene fundamentado por el principio de la autonomía de la voluntad privada (art. 1255 CC) y la intención de las partes de voluntariamente alterar algún elemento de su relación o extinguirla. En el ámbito de los préstamos hipotecarios existe una norma específica reguladora de la novación que es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que en su artículo 4.2 dispone: «Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales». Además, cabe tener en cuenta en orden a la validez de la cláusula nueva lo señalado en el artículo 1208 del Código civil: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

Por su parte, la transacción es un acuerdo negociado por las partes en orden a tratar de poner fin a una controversia existente entre las partes y evitar el pleito judicial (art. 1809 CC), con la intención de ambas partes de que una situación dudosa se convierta en otra cierta y clara, con recíprocas concesiones entre las partes (que no tienen por qué ser paritarias o iguales) y viéndose estas vinculadas a lo transigido y a esa nueva relación cierta (entre otras, STS de 30 de noviembre de 2009). Realmente se basa en el principio de libertad y autonomía contractual del artículo 1255 del Código civil, exigiéndose una previa situación litigiosa, que el objeto de la transacción sea disponible y que no se vulnere el orden público.

Una norma imperativa reguladora de una materia no determina *per se* que esa materia sea indisponible: lo que habrá que atender es que la transacción no vulnere esa norma imperativa en cuanto resulte aplicable ni tampoco el orden público, que es uno de los límites legales a la autonomía de la voluntad.

El concepto de orden público no coincide con el de norma imperativa (entre otras, SSTs de 26 de septiembre de 2006 y de 7 de julio de 2006). El orden público es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el caso específico, pero que en general podemos afirmar que viene referido a la atención a unos intereses generales, unos principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento; son principios estructurales, fundamentales, que inspiran y protegen a las personas, la sociedad y un orden económico, social y jurídico a los que se refieren esos principios; por su carácter fundamental es por lo que formalmente se configuran como normas imperativas.

Pero podemos ampliar este concepto también al ámbito del ordenamiento comunitario europeo y hablar de un orden público comunitario¹ configurado por los principios y derechos reconocidos y presentes en el ordenamiento jurídico comunitario; y concretamente en el ámbito de la protección de los consumidores, el TJUE en sus Sentencias de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14) advirtió del carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE, particularmente su artículo 6.1 («Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»)².

En este marco, un principio y derecho fundamental que cabe entender comprendido en ese concepto de orden público, por lo que a la materia de este trabajo interesa, puede señalarse el artículo 24 de la Constitución española (CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, además del principio general de la buena fe (especialmente relevante en el marco de los contratos), y las normas nacionales y comunitarias (y su interpretación jurisprudencial) relativas a la protección de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas (incluida la exigencia de transparencia en los contratos).

Transacción y novación como tal no son figuras excluyentes entre sí. Puede haber transacción sin novación y novación no transaccional; pero también en una transacción puede existir a su vez una novación modificativa de un contrato previo porque así lo hayan acordado las partes en el marco de esa transacción (cfr. SSTs de 10 de julio de 2002 y de 21 de febrero de 2015).

Por lo que se refiere a la renuncia, esta figura jurídica supone un acto unilateral de un sujeto por el que voluntariamente decide abandonar un derecho que tiene reconocido (no caben renunciaciones anticipadas a derechos futuros); hace dejación del mismo sin transmitírsele a nadie. Una renuncia también puede afectar, más concretamente, a las acciones que se derivan de un derecho del sujeto renunciante. Como tal, puede afirmarse que se trata de un acto de disposición del derecho por su titular, y por ello este tiene que tener capacidad para ello y poder de disposición reconocido al respecto.

La renuncia como he indicado es un acto voluntario y se exige que esa voluntad sea manifestada de forma clara e inequívoca; además es preciso para que sea válida y tenga efectos que esa renuncia no implique perjuicios para terceros ni sea contraria al interés u orden público (art. 6.2 CC). Y en relación con esto último, es preciso advertir que también es necesario que el derecho o las acciones a que se renuncian sean efectivamente renunciables. Nuestro ordenamiento jurídico prevé a este respecto algunos casos de irrenunciabilidad de derechos: así, entre otros, artículos 151, 652, 653, 806 y 1102 CC; artículo 3 LO 1/1982, de 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU: «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el art. 6 CC»).

III. EFICACIA DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES A TENOR DE LAS SSTS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018

Entre la STS número 558/2017, de 16 de octubre y la STS del Pleno número 205/2018, de 11 de abril (que cuenta con un voto particular del magistrado Sr. Orduña Moreno) no medió mucho tiempo, pero se contienen doctrinas distintas sobre una situación similar al existir un acuerdo previo entre las partes que se concretaba en la novación del préstamo suscrito y la renuncia de acciones. Las diferencias de trato como se verá a continuación vienen justificadas por el Tribunal Supremo, conforme indica en la Sentencia de 11 de abril de 2018, en la naturaleza y calificación del acuerdo controvertido: mientras que en el caso de la Sentencia de 16 octubre de 2017 se trataba de una novación, en el de la Sentencia de 11 de abril de 2018 se trata, según el Tribunal Supremo, de una transacción, y las consecuencias deben ser distintas, según se expone por nuestro alto tribunal.

Esta última resolución de 11 de abril de 2018 (cuya doctrina en pro de la eficacia validadora de la negociación de cláusulas que serían nulas por abusivas fue posteriormente reiterada en las SSTS número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, y número 101/2019, de 18 de febrero) recibió muy diversas críticas a nivel doctrinal³ y entre la jurisprudencia menor con resoluciones posteriores que no seguían tal postura⁴, lo que hacía presagiar precisamente el planteamiento de cuestiones prejudiciales que interpelasen al TJUE en relación con estos asuntos. Y así tuvo lugar poco después en junio de 2018 dando pie a la STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-452/2018) que se analizará posteriormente. Antes, procederé a comentar estas dos Sentencias de 16 de octubre y de 11 de abril de 2018, especialmente esta última, para así contextualizar la situación jurisprudencial existente en España en el momento de elevarse las cuestiones prejudiciales.

1. LA STS NÚMERO 558/2017, DE 16 DE OCTUBRE

El préstamo hipotecario objeto del litigio en este caso se suscribió en febrero de 2009 y contenía una cláusula suelo de un 3%, pero la entidad bancaria no les había informado de ello a los demandantes ni había entregado oferta vinculante previa con las condiciones del préstamo. Los prestatarios formularon queja y posterior comunicación en noviembre de 2009 a la entidad al respecto, protestando por la existencia de esa cláusula suelo y exigiendo que se redujera el suelo al 2,5 % por ser lo que se fijaba en los préstamos hechos al resto de vecinos de la misma promoción de viviendas que ellos adquirieron con ese préstamo hipotecario. Se accedió a la reducción por la entidad, pero solo se aplicó en 2010 y 2011, volviendo en 2012 la entidad bancaria a aplicar el suelo del 3%.

Es en junio de 2013 cuando los prestatarios demandaron a la entidad bancaria interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo, y la devolución de las cantidades pagadas de más por intereses al aplicarse esa cláusula. Subsidiariamente, interesaban que se aplicara el suelo del 2,5%.

El juzgado de primera instancia, partiendo del incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de información sobre las condiciones del contrato y esta cláusula en concreto, desestimó la pretensión principal por considerar que nos encontramos ante una situación de anulabilidad del contrato por

error vicio de consentimiento y al haberse negociado un nuevo suelo del 2,5% los propios demandantes sanaron el vicio inicial e hicieron válida la cláusula (art. 1208 CC).

Presentado recurso de apelación por los prestatarios, este fue desestimado por cuestiones procesales, planteándose posteriormente recurso ante el Tribunal Supremo que se resuelve por STS de 16 de octubre de 2017, quien advierte que la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su carácter abusivo, y, en consecuencia, no la anulabilidad, sino la nulidad absoluta de la referida cláusula; y esa nulidad puede y debe ser apreciada de oficio por los jueces.

A este respecto, sigue señalando nuestro alto tribunal, siendo nula de pleno derecho tal cláusula, y apreciable de oficio, el consumidor no puede quedar afectado por ella, ni puede ser objeto de convalidación o subsanación (cfr. art. 1208 CC).

Pero en todo caso, en el supuesto objeto de esta sentencia, no puede apreciarse la existencia de voluntad inequívoca de los prestatarios de convalidar o confirmar el contrato. Se trata solamente, según se señala en esta STS de 16 de octubre de 2017, «de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación» (fundamento jurídico sexto, apartado 9).

2. LA STS NÚMERO 205/2018, DE 11 DE ABRIL

A) *Hechos y fundamentos jurídicos*

En este caso, los demandantes suscribieron en 2007 dos préstamos en los que se incluía una cláusula suelo de 4,25% y 4,50%. Pero posteriormente en enero de 2014 firmaron sendos contratos privados denominados como de «novación modificativa» por los que, sujetándose a la Ley 2/1994, se modificaban los préstamos indicados y concretamente esa cláusula suelo, reduciéndola al 2,25%, y recogiendo además una estipulación tercera con el siguiente tenor: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra parte que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Además, se incluye en los documentos una transcripción a mano de los prestatarios, y su firma, de este texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual».

Posteriormente presentaron demanda interesando la nulidad por falta de transparencia de esa cláusula suelo incluida tanto en las primeras escrituras como en los posteriores contratos privados, además de la restitución de las cantidades pagadas de más por la aplicación de la referida cláusula suelo.

En primera instancia se estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo por apreciar falta de transparencia y entendiéndolo el acuerdo privado como una novación del contrato de préstamo. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la ineficacia de las cláusulas modificativas de ese suelo y de renuncia de acciones advirtiendo de la imposibilidad de convalidar la cláusula nula, pese a su sustitución por otra más favorable o la renuncia a acciones.

Presentado recurso de casación por la entidad bancaria el Tribunal Supremo en esta STS de 11 de abril de 2018 lo estima con base en los siguientes argumentos principales:

a) Los acuerdos privados de enero de 2014 no son meras novaciones sino transacciones, cuya causa reside en el ánimo de evitar la controversia judicial sobre la validez de las cláusulas suelo y sus efectos, tras haberse dictado la STS de 9 de mayo de 2013.

b) Se diferencia este supuesto del caso de la STS de 16 de octubre de 2017 en que en esta última no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, de modo que no podía considerarse como transacción.

c) Cabe la transacción porque es una materia disponible y la imperatividad de las normas no impide tal posibilidad, siempre que se respete el ordenamiento jurídico. Ello determina que también a ese acuerdo transaccional se le aplique el control de transparencia, dado que se trata de unas cláusulas predispuestas por la entidad bancaria. Y el Tribunal Supremo estima que se acredita el cumplimiento de los deberes de transparencia en cuanto que en el momento de celebrarse ya era notoriamente conocida la existencia de las cláusulas suelo, su incidencia en los intereses y que podían ser nulas, pero los demandantes prestatarios aceptaron la propuesta del banco de reducir la cláusula suelo y renunciar a futuras reclamaciones. Y «aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula [de declaración de ser consciente y entender en qué consiste esa cláusula suelo] equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

d) Las partes se encuentran vinculadas por lo transigido (efecto vinculante que no debe confundirse con un efecto de cosa juzgada).

B) Voto particular

En esta sentencia del Pleno de la Sala Primera, no obstante, se emite un voto particular que se fundamenta en razón a una discrepancia sobre la calificación del contrato en sede casacional, los hechos probados y la literalidad de los documentos controvertidos, el carácter predispuesto de las cláusulas, las propias cláusulas, la abusividad y la transparencia en el marco de las cláusulas suelo y el orden público comunitario. En este voto particular se advierte que:

i. Está acreditado en ambas instancias el carácter predispuesto de los acuerdos privados (pese a lo previsto en el exponendo quinto de los documentos de que se suscribían por deseo de la parte prestataria), sin que hubiera negociación, por lo que resulta plenamente aplicable la Directiva 93/13/CEE.

ii. Cabe apreciar incumplimiento por la entidad de ese plus informativo sobre el alcance del contenido de esos acuerdos privados y por tanto de falta de transparencia, y, en consecuencia, abusividad y nulidad de pleno derecho; lo que emitió la entidad bancaria fue una oferta engañosa con el fin de afectar al comportamiento de los prestatarios en relación con la situación controvertida existente sobre esta materia a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, de cuyos efectos y trascendencia sí que cabe afirmar era consciente la entidad, mientras que a un consumidor medio no se le puede presuponer ni exigir un conocimiento propio de la situación que aún estaba sujeta a distintos «vaivenes jurisprudenciales impredecibles».

iii. Por otro lado, no procedía en sede casacional variar la calificación de los documentos como novación efectuada por las dos anteriores instancias judiciales, no habiéndose acreditado que fuera una calificación ilógica o arbitraria o contraria al Derecho. Además, el carácter novatorio se deriva del propio contenido de los documentos, mientras que no se advierte de la existencia de una litigiosidad previa que justifique la transacción para evitar un pleito. Asimismo, la calificación como transacción resulta improcedente pues vulnera la regla de interpretación «contra proferentem».

iv. Habiéndose confirmado la calificación como abusiva de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos, no puede entenderse sanada o convalidada su nulidad por los acuerdos posteriores; y ello con base en el carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE y por la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de noviembre de 2015 y de 16 de octubre de 2017). El régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante.

v. La renuncia de acciones contenida en los acuerdos privados no puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, concretado en este caso en el control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

C) Consideración crítica sobre el carácter transaccional del acuerdo

En el caso objeto de enjuiciamiento por la STS de 11 de abril de 2018, a la vista del contenido de los contratos privados firmados por las partes que se recoge al completo en el voto particular, cabe advertir que en el mismo se contiene una novación de parte de los contratos de préstamo en relación con la cláusula suelo, que se ve reducida en su tipo porcentual; y, además, se recoge una renuncia a acciones, pero no solo que puedan derivar de esa cláusula suelo, sino en relación con todo el clausulado del contrato.

Efectivamente, en el propio título del contrato se acoge la denominación de que se trata de una «novación modificativa»; además en la estipulación quinta se señala expresamente que las partes hacen constar que el documento se trata de una novación sujeta a la Ley 2/1994, «al convenirse una mejora del tipo de interés». Realmente novación existe, sin duda, por cuanto hay un cambio en la cláusula suelo, reduciéndose su tipo porcentual con respecto al inicialmente señalado en los préstamos; el resto de clausulado y condiciones financieras se mantiene como se preveía inicialmente, sin variación ninguna, advirtiéndose expresamente que seguirán en vigor a todos los efectos (estipulación segunda).

También es clara la existencia formal de una renuncia de acciones pues los términos en que se recoge en la estipulación tercera son claros en tal sentido: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Cláusula de renuncia expresa es, pero cabe poner en duda, que realmente sea voluntaria y consciente por parte de los prestatarios en cuanto a su verdadero alcance, y el que no contravenga el orden público concretado en el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, todo ello teniendo en cuenta además que se acreditó que fue una cláusula predispuesta por la entidad bancaria.

En cuanto a la existencia de transacción como insiste y califica el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de abril de 2018, realmente no creo que haya datos suficientes para considerarlo así; en todo caso, que se califique o no como transacción no tendría tanta relevancia si no fuera por el esfuerzo e insistencia de este Tribunal en esta sentencia de contraponer la transacción a la novación como justificación de la decisión de no seguir la postura acogida en su Sentencia de 16 de octubre de 2017. En este sentido, entiendo muy oportuna la advertencia contenida en el voto particular de que habiéndose calificado en las anteriores instancias el documento como de novación, el Tribunal Supremo no debería haber cambiado tal calificación sin ni siquiera haber justificado o fundamentado que esa apreciación y valoración de las instancias inferiores era arbitraria, ilógica, errónea o contraria a Derecho (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 27 de noviembre de 2007, entre otras); máxime cuando además en el propio documento se insiste expresamente por las partes (y concretamente por la entidad bancaria teniendo en cuenta que es un hecho probado el que se trata de un documento con cláusulas predisuestas por esta entidad) en que se trata de un contrato de novación modificativa: así se advierte en el título del contrato, los exponendos VI y VII y las estipulaciones primera (al concretar la «sustitución» del tipo de interés suelo), segunda y tercera (en cuanto determinan que no hay variaciones en el resto de cláusulas) y quinta (con expresa indicación de que el documento «constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994»).

Por otro lado, de una transacción cabe entender que hay cierta negociación, pues atiende al hecho de que se hagan concesiones recíprocas con el fin de evitar un litigio: pero aquí no se ha acreditado que hubiera ninguna negociación; más bien al contrario: el carácter predisuesto de los contratos privados ha sido hecho declarado probado en todas las instancias. De hecho, el propio Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de abril de 2018 advierte de esa predisposición y habla de una propuesta del banco a los prestatarios (fundamento jurídico tercero, apartado 8), lo cual por otra parte contradice el tenor del documento privado novatorio que en su exponendo V señala que «es deseo de la parte prestataria rebajar el tipo de interés mínimo pactado y del banco atender dicha solicitud»: realmente la propuesta no partió de los prestatarios, sino del banco.

Pero al margen de esto, debemos partir de que el Tribunal Supremo entiende en este caso que hay transacción (y no mera novación obligacional, aunque hay algo de novación) por considerar que la intención de las partes era poner fin a una controversia, que la entiende como materia disponible, y para ello se hacen recíprocas concesiones (que serían reducir el tipo del suelo y además renunciar al ejercicio de acciones). Analicemos estos presupuestos:

a) Por lo que se refiere a esa intención de evitar un pleito judicial y dar certeza a una situación controvertida, en primer lugar, del contenido de los documentos privados no cabe deducirla. En ningún momento en esos contratos se alude a ninguna controversia, ni a reclamación previa de los prestatarios, ni a la STS de 9 de mayo de 2013, ni a las diferentes interpretaciones y decisiones jurisprudenciales sobre sus efectos económicos. De hecho, se indica expresamente como justificación del documento la diferente coyuntura económico-financiera del momento en que se firma este contrato privado con respecto al momento en que se firmaron las escrituras de préstamo (exponendo V). Hay que tener en cuenta que está acreditado que el contrato fue prerredactado y predisuesto por la entidad bancaria; el propio Tribunal Supremo lo señala en su Sentencia de 11 de abril de 2018, e incluso habla de que fue una propuesta del banco (fundamento jurídico

tercero, apartado 8); con seguridad esta entidad sí que tenía pleno conocimiento del contenido de la STS de 9 de mayo de 2013 y las consecuencias al respecto para los préstamos suscritos por dicha entidad; presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, teniendo en cuenta que seguramente no se habrán leído esa resolución, que las informaciones efectuadas por los medios de comunicación no siempre son exactas y que no consta que fueran informados al respecto por la entidad antes de la firma de estos documentos, creo que es mucho presumir, y mucho menos exigir. Puestos a tratar de obtener indicios de la actuación de las partes, es más factible entender que la entidad a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 contactó con los clientes (el propio Tribunal Supremo habla de que fue una propuesta del banco, fundamento jurídico tercero, apartado 8) para tratar de subsanar los defectos y vicios que ella sí era consciente que existían en relación a la cláusula suelo de sus préstamos previamente concertados y especialmente la falta de transparencia, ofreciéndoles una reducción del tipo de interés mínimo a pagar (oferta siempre atractiva) a cambio de firmar también un documento en el que ya se trata de constituir prueba de esa información aportada, transparencia, y conocimiento del prestatario del alcance de la cláusula y renunciar a las acciones de declaración de nulidad y reclamación de las cantidades abonadas de más como intereses. ¿En qué podríamos basarnos para entender esto?: i) en el carácter predisposto de los contratos; ii) en la falta total de información y referencia a la situación controvertida jurisprudencial sobre las cláusulas suelo; iii) en la causa expresa de estos contratos novatorios indicada en los mismos (cambios de la coyuntura económica financiera); y iv) en que, como advierte el propio Tribunal, por la mayoría de las entidades bancarias se han llevado a cabo prácticas de este tipo tras la STS de 9 de mayo de 2013 para dejar constancia del cumplimiento de transparencia (así, declaraciones manuscritas, referencia a explicaciones reiteradas y con ejemplos sobre el funcionamiento y alcance de la cláusula), es decir, prácticas con las que la entidad trata de cumplir con unas obligaciones de información que antes no cumplía y era consciente de ello (además de incluir cláusula de renuncia a acciones). La cuestión estriba en que prácticas tendentes a cumplir con el deber de transparencia, ciertamente muy habituales tras la STS de 9 de mayo de 2013, si se llevan a cabo en contratos de préstamo nuevos son un avance y de acreditarse que efectivamente se han llevado a cabo y que se supera el control de transparencia pues podrán atenderse; pero en supuestos en los que prácticas como estas lo que tratan es de subsanar y convalidar una falta de cumplimiento de deberes informativos previos, hay que ser estrictos en la valoración y enjuiciamiento, porque una actuación abusiva y nula de pleno derecho no puede convalidarse ni sanarse sin más. En este caso no se acredita negociación, ni transacción, ni intención de evitar controversia; se acredita predisposición unilateral de las cláusulas por la entidad bancaria, con un contenido que precisamente encaja terminológicamente con las nuevas exigencias que la STS de 9 de mayo de 2013 impuso (conocimiento del alcance de la cláusula, ejemplos representativos...), y con los que la entidad se pretende «salvar» y evitar, ella sí, los pleitos, pero sin que se acredite que evitar el pleito fuera la intención de los prestatarios; de hecho, del contenido de la parte positiva de los documentos privados la única intención de los prestatarios que se deduce tiene que ver con la intención de que se reduzca el tipo de interés a abonar, y por lo tanto, novar la cláusula de intereses y suelo prevista inicialmente (mientras que la cláusula de renuncia a acciones no se les representa en modo alguno más que como algo accesorio e inocuo).

b) En cuanto a las supuestas contraprestaciones o concesiones recíprocas, puede afirmarse que esa reducción del tipo de interés suelo beneficia al prestatario ciertamente, pero también beneficia (y mucho más, en mi opinión) a la entidad, porque seguirá contando con un «colchón» mínimo de interés a cobrar por ese préstamo a pesar de la previsible ya en ese momento continua bajada del euríbor como índice de referencia, y a pesar de que ese tipo porcentual es muy superior al tipo del interés legal del dinero, y ello, además, bajo la «seguridad» que le proporciona el resto del contrato en el que se recoge una renuncia de los prestatarios a reclamar en relación con esta cláusula suelo (y del resto de cláusulas del préstamo); y con respecto a esta «contraprestación transaccional», por mucho que en la estipulación tercera se indique que «las partes... renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra...», es notorio y evidente que los sujetos renunciantes y más afectados por la renuncia son los prestatarios y no la entidad. Hay un evidente desequilibrio prestacional en esta «transacción»: atendida la supuesta situación controvertida que se quería cubrir y dar certeza con esta transacción, lo cierto es que la que sale totalmente beneficiada es la entidad bancaria, pero en cambio los prestatarios, siguen con una cláusula suelo y debiendo seguir abonando más intereses que los correspondientes a una referencia simple al euríbor, y además renuncian a las acciones derivadas de cualquier cláusula del contrato...; en relación con el anterior presupuesto analizado, dudo mucho de que pueda considerarse acreditado que por parte de los prestatarios hayan comprendido y hayan tenido la voluntad de que estas cláusulas fueran contraprestaciones para una transacción resolutoria de un litigio previo existente.

D) Consideración crítica sobre la transparencia del acuerdo

Dado el carácter predispuesto y no negociado de las cláusulas contenidas en esos documentos privados objeto de controversia en la STS de 11 de abril de 2018, resulta necesario asimismo analizar su validez y la transparencia de sus cláusulas, especialmente la novatoria y la de renuncia⁵.

El propio Tribunal Supremo en esta sentencia con respecto a la transacción advierte de que «por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción». Y concluye que efectivamente se cumplen esas exigencias en el caso con base en: a) el contexto temporal en que se ha celebrado, cuando ya era notoriamente conocida la existencia de esas cláusulas y su incidencia, y que podían haber sido nulas por falta de transparencia; y b) la declaración manuscrita de conocimiento sobre el funcionamiento de la cláusula suelo, que aunque no equivale a la comprensibilidad real por el prestatario «es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

Ahora bien, como ya indiqué anteriormente, presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, es algo excesivo y sin base suficiente en atención a un consumidor medio. De hecho si fuera tan notoriamente conocido y causa de la firma de estos contratos en enero de 2014 la situación originada con la STS de 9 de mayo de 2013: a) no se entiende por qué no se alude a ello en los exponendos de los contratos; y b) no se entiende cómo se aceptó por los prestatarios la simple reducción de la cláusula y además una renuncia a todas las acciones, cuando a partir de esa STS de 9 de mayo de 2013 lo que más se difundía entre los medios

de comunicación era precisamente que las cláusulas suelo eran nulas, que los bancos hacían prácticas abusivas y poco transparentes y que tenían que devolver las cantidades, aunque eso sí, quedaba pendiente de concretar, pues eso era lo más controvertido de la sentencia de 2013, qué cantidades exactamente; lo notorio era precisamente la nulidad de las cláusulas suelo en el marco de la generalización con la que este tipo de cuestiones se suelen difundir más rápidamente entre los medios de comunicación y la opinión pública, pero no eran notorios los matices jurídicos de la sentencia de 2013 y del tipo de control de transparencia que se configuraba, el hecho de que las cláusulas suelo no siempre son abusivas, etc... En cualquier caso, la comprensibilidad del sujeto prestatario no debe ser objeto sin más de un examen y análisis tan genérico e indiciario: debemos atender al sujeto concreto y determinar su efectiva comprensibilidad real de lo que firma.

Al margen de la calificación del documento y acto como transacción o mera novación, lo cierto es que novación existe, y como se ha indicado, es preciso analizar su validez, el cumplimiento de las exigencias y controles legales de incorporación, contenido y transparencia y los efectos del artículo 1208 del Código civil. En este sentido, puede afirmarse que se puede considerar cumplido el control de incorporación en cuanto la nueva cláusula es accesible y formalmente comprensible en los términos indicados en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Pero en cuanto a la transparencia, no aparece dentro de los hechos declarados probados en las diversas sentencias que se hubiera aportado efectivamente información precontractual a los prestatarios en relación con esa cláusula suelo y su funcionamiento; sí consta en el propio documento las manifestaciones de los prestatarios sobre la recepción de información, ejemplos representativos, e incluso declaración manuscrita sobre su comprensibilidad, pero es que se tratan de cláusulas prerredactadas y predispuestas por la propia entidad; no se ha acreditado la entrega de la información oportuna y el cumplimiento efectivo de esos deberes de información y transparencia que tiene la entidad bancaria, y cuya carga de probar le corresponde precisamente a ella, no siendo suficientes esas manifestaciones prerredactadas contenidas en el contrato novatorio. Y si no puede considerarse transparente, debe considerarse nula por abusiva; una nulidad absoluta.

Igual falta de transparencia y abusividad debe predicarse también de la cláusula suelo original.

Y en relación con esto debe insistirse en lo previsto en el artículo 1208 del Código civil y lo indicado en la STS de 16 de octubre de 2017. Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017).

Ahora bien, como se expondrá a continuación, aunque la cláusula suelo original no quede sanada, de acuerdo con lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, esa nulidad (potencialmente a declarar) no impide que dicha cláusula pueda ser objeto de novación y que esa cláusula nueva pueda ser válida si cumple todos los requisitos para ello, incluidas las exigencias de transparencia si se trata de una cláusula no negociada individualmente.

Por último, en cuanto a la renuncia de acciones, hay que destacar la imprecisión y generalidad con la que se concibe esa renuncia. En el contexto de la novación, e incluso de la transacción, vinculada a la cláusula suelo, la renuncia que se plantea excede de ese ámbito, extendiéndose a acciones relacionadas con

el resto de clausulado del préstamo original, que se ratifican como válidas, admitiéndose adecuadas y correctas todas las liquidaciones y pagos realizados. Una renuncia así en una cláusula acreditada como predispuesta debe ser, asimismo, objeto de control y, en este caso, cabe afirmar que no supera el control de transparencia y de contenido, pues no cabe entender acreditado que los prestatarios fueran conscientes plenamente del alcance real de esa renuncia tan genérica. Pero, además, esa cláusula determina también una renuncia previa a acciones pendientes de concretarse en la esfera de los prestatarios, una falta de buena fe por la entidad al incluir unilateralmente una cláusula de renuncia total y genérica en un contrato novatorio de cláusula suelo, y, en todo caso, es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU).

IV. ACUERDOS NOVATORIOS Y DE RENUNCIA A ACCIONES SEGÚN LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020

1. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Como he comentado antes, tras esa STS de 11 de abril de 2018 que generó tanta crítica y controversia, así como incertidumbre sobre cómo deberían entonces calificarse esos numerosos acuerdos suscritos por las entidades bancarias y los clientes prestatarios y cómo se debería responder judicialmente ante ellos en el marco de los diferentes controles a los que debiera someterseles (incorporación, transparencia, abusividad...) y la protección que debe dispensarse al prestatario como parte débil de la relación contractual, especialmente siendo consumidor; era muy previsible que se llegaría a instar la intervención del TJUE para tratar de aclarar esta situación en el marco de la correcta y oportuna aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

Y así, por Auto de 26 de junio de 2018, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Teruel planteó una petición de decisión prejudicial por el TJUE con respecto a cinco cuestiones prejudiciales en el marco de un litigio principal presidido por los siguientes hechos:

a) El demandante prestatario había adquirido un inmueble de un promotor, subrogándose en la posición deudora de este en el préstamo hipotecario concedido por una entidad bancaria, en el que se contenía una cláusula suelo del 3,25% anual (previéndose también una cláusula techo del 9,75% anual).

b) El 4 de marzo de 2014 ese préstamo hipotecario fue objeto de modificación por medio de un contrato de novación en el que: i) se reducía ese «suelo» al 2,35%; ii) se incluía una cláusula indicando que «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen»; y iii) se recogía la expresión manuscrita del prestatario afirmando que era consciente y entendía que «el tipo de interés del préstamo nunca bajaría del 2,35% nominal anual».

c) El prestatario presentó posteriormente demanda instando la declaración de abusividad y de nulidad de esa cláusula suelo y a que se le devolvieran todas

las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de dicha cláusula. Ante tal pretensión la entidad prestamista hizo valer y esgrimió ese contrato de novación, frente a lo que la parte demandante interesó del juez que se precisara si ese contrato novado y sus cláusulas no estarían viciados también de nulidad por abusividad de la cláusula novada, atendiendo al carácter no vinculante de las cláusulas abusivas y nulas *ex* artículo 83 TRLCU.

d) Ante tal controversia y analizadas distintas cuestiones el juez de primera instancia se planteó serias dudas sobre si la renegociación de una cláusula es compatible con el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE que advierte de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas; e incluso se planteó dudas sobre la adecuación a criterios de transparencia del contrato de novación, existiendo un desequilibrio importante en detrimento del consumidor. Por ello elevó petición de decisión prejudicial al TJUE sobre cinco cuestiones prejudiciales en las que se evidenciaban las serias dudas que tenía el juez remitente en relación a la eficacia y validez de la renegociación de una cláusula nula por abusiva y del propio contrato de novación; cinco cuestiones prejudiciales cuyo objeto cabe concretar en los siguientes aspectos:

i) Si es posible la renegociación y novación válida y eficaz de una cláusula abusiva o si debiera considerarse que, con base en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE ese contrato de novación no es vinculante y se debe considerar asimismo como inexistente e ineficaz por el hecho de derivar de una cláusula, como la cláusula suelo del litigio principal, que sería abusiva por falta de transparencia y, por ello, nula (en definitiva, si esa falta de transparencia alcanzaría también a ese acuerdo novatorio).

ii) Si las cláusulas contenidas en los acuerdos novatorios pueden considerarse y calificarse como condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas individualmente a los efectos del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que a los contratos originales.

iii) Si la renuncia de acciones contenida en el contrato de novación debe considerarse nula por no superar el control de transparencia material al no proporcionarse información por la entidad bancaria al prestatario acerca de la nulidad de la cláusula novada ni sobre las cantidades económicas a las que tenía derecho por esa nulidad.

iv) Si la nueva cláusula suelo derivada del contrato de novación debe someterse al control de transparencia y si podría considerarse nula por falta de transparencia al apreciarse que la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información previa al prestatario acerca del verdadero coste económico de esa cláusula novatoria.

v) En relación con la cuestión prejudicial tercera indicada se plantea en quinto lugar (y a este respecto cabe advertir que el TJUE las resuelve conjuntamente) si las cláusulas de ese contrato de novación relativas a la renuncia de acciones con base en derechos que puedan surgir en el futuro, pueden considerarse nulas por abusivas.

2. FUNDAMENTOS DEL TJUE: ANÁLISIS CRÍTICO

Concretados los antecedentes de hecho y contextualizadas las cuestiones prejudiciales planteadas, procedamos a examinar y analizar los argumentos y la doctrina establecida por el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020⁶.

A) Con respecto a la primera cuestión, el TJUE advierte en primer lugar que una cláusula declarada nula por abusiva debe entenderse que nunca existió y por ello no puede vincular al consumidor (cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15). Ahora bien, también señala que la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa a los consumidores puede ser voluntariamente rechazada por este, renunciando a hacer valer sus derechos sí así lo consiente de modo libre e informado (cfr. STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11; STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14; STJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17; y STJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18, que atendían principalmente a supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa implicaba la nulidad de todo el contrato⁷).

Y atendiendo a esto último, entiende el TJUE que, por analogía, es posible la renuncia a la protección especial reconocida por la Directiva 93/13/CEE y a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva a través de un contrato de novación de dicha cláusula, siempre que el consumidor preste consentimiento libre e informado a tal novación y a la exclusión (renuncia) de tales efectos derivados de la declaración de esa nulidad.

Por tanto, para que una renegociación o novación de una cláusula nula pueda considerarse válida y eficaz debe contar con los siguientes presupuestos: i) que el consumidor sea consciente de que esa cláusula que se nova no es vinculante para él pues es abusiva y nula; y ii) que preste un consentimiento libre e informado a la renuncia a la aplicación de los efectos de esa declaración de nulidad de dicha cláusula y, también, un consentimiento libre e informado a la novación y aplicación de la cláusula nueva. Y a los efectos de entender que el consumidor prestó ese consentimiento libre e informado, el TJUE considera necesario que en el momento de hacer esa renuncia y novarse la cláusula el consumidor debe ser «consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba».

Así pues, el TJUE con este pronunciamiento contradice lo indicado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de octubre de 2017, advirtiendo que, pese a la nulidad de la cláusula novada, la novación realizada y la nueva cláusula puede ser válida (en contra, repito, de lo que decía esa STS número 558/2017, de 16 octubre); pero para ello, advierte el TJUE, es necesario que el consumidor sea consciente de esa nulidad y sus consecuencias para poder renunciar a ellas, siendo esa consciencia, asimismo, presupuesto del consentimiento libre e informado también requerido. Esa consciencia requiere certeza sobre esa nulidad y sobre las consecuencias de la misma: y cabe afirmar que hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) no hubo tal certeza pues se vino a confirmar la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes y se concretó definitivamente el alcance de esa nulidad en cuanto a las cantidades a devolver al consumidor; en el momento de la firma de ese documento novatorio al que hace referencia el litigio principal del que deriva el planteamiento de esta cuestión prejudicial (marzo de 2014) no cabe hablar a ese respecto de certezas sino de incertidumbres tanto en el plano jurisprudencial como en el normativo. Ahora bien, esa certeza también puede proporcionarse al consumidor a través de información pertinente aportada por la propia entidad bancaria, que reconozca que esa cláusula es nula y así se lo comunique, incluyendo información sobre los efectos de esa nulidad; o incluso, como señala CÁMARA LAPUENTE, si un juez entra de oficio a controlar la abusividad de la cláusula

y la declara nula, aunque en este punto y dada la litigiosidad e incertidumbre jurisprudencial existente, la certeza, a mi juicio, vendría dada con la firmeza de esa resolución judicial⁸.

Con carácter general cabe afirmar que esas «certezas» no concurren en los distintos acuerdos novatorios que se han venido celebrando en relación con las cláusulas suelo. En general en este tipo de acuerdos no se alude siquiera a la STS de 9 de mayo de 2013 ni a la posible nulidad de esa cláusula, y la información proporcionada al respecto por la entidad bancaria se evidencia escasa, si bien habrá que atender a cada caso concreto y al contexto en que se desarrolló esa novación.

Por otro lado, esa exigencia de consentimiento libre e informado debe ponerse en relación con la respuesta dada por el TJUE al resto de cuestiones prejudiciales planteadas. Y es que ¿puede entenderse que existe un consentimiento libre e informado en un acuerdo de adhesión, predispuesto no negociado sino impuesto, y no transparente? Evidentemente no: si falta transparencia no hay consentimiento libre e informado, claramente; de ahí la importancia del resto de cuestiones prejudiciales planteadas, cuya resolución se comenta a continuación. Y a este respecto, cabe criticar que el TJUE no haya puesto en relación oportunamente esta decisión sobre esta cuestión prejudicial y el planteamiento de la tercera cuestión prejudicial sobre la renuncia a las acciones derivadas de la cláusula suelo inicial, pues al no haberse hecho así se han establecido criterios y parámetros de valoración al resolver cada cuestión prejudicial que en cierto modo chocan entre sí, como se comentará al final de este apartado al analizar esa resolución de la cuestión prejudicial tercera.

B) Por lo que se refiere a la cuestión de si las cláusulas contenidas en el acuerdo novatorio podrían considerarse o no como cláusulas predispuestas no negociadas individualmente y por ello poder ser consideradas como abusivas, el TJUE recuerda que el control de abusividad se refiere a cláusulas no negociadas individualmente, sean o no condiciones generales (es decir, redactadas para su uso generalizado y ser incluidas en una pluralidad de contratos) y que ese tipo de cláusulas se caracterizan por ser prerredactadas por el profesional, impuestas en el contrato y en cuyo contenido no ha podido influir el consumidor. Y dicho esto, nada impide que una cláusula novatoria cumpla con esos requisitos: partiendo de que el contrato de novación es un contrato distinto al del préstamo inicialmente celebrado, lógicamente el TJUE advierte que tal contrato y su clausulado puede y debe ser igualmente objeto del oportuno control y comprobación de si se trata o no de cláusulas predispuestas, impuestas y en cuyo contenido el consumidor no haya podido influir. Si efectivamente se comprueba que es así, entonces estaremos ante una cláusula no negociada individualmente y respecto de ella se podrá y deberá aplicar los oportunos controles de transparencia y contenido (abusividad) por parte del juez nacional, por lo que llegado el caso sí que se podrá declarar como abusiva esa cláusula novatoria.

¿Cómo concretar si el consumidor pudo o no influir en el contenido de ese acuerdo o cláusula novatoria? De acuerdo con el TJUE debe ser valorado por el juez nacional atendido el conjunto de circunstancias en que esa cláusula se presentó al consumidor: lo cual implica atender al caso concreto.

A este respecto, cabe recordar que en el Derecho español el artículo 82.2 TRLCU señala: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

¿Qué circunstancias podrían valorarse concretamente en esta materia? El TJUE hace referencia a tres circunstancias que realmente se reproducen en la mayoría de litigios relacionados con estos acuerdos novatorios de cláusulas suelo:

i) Que dicho acuerdo se enmarque en una política de renegociación llevada a cabo por la entidad prestamista con respecto a préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Esto evidencia que fue la propia entidad bancaria la que propuso esa novación y, como advierte el TJUE, es un claro indicio de que el prestatario no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula; e incluso cabe afirmar que es un indicio de que ese tipo de cláusulas se incluirían de modo generalizado en los mismos términos en todos los acuerdos de renegociación desarrollados dentro de esa política de renegociación llevada a cabo por la entidad.

ii) Que no se facilitara al prestatario una copia del contrato ni se le permitiera llevarse el mismo a casa: este sería otro indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de ese contrato novatorio.

iii) Y por último el TJUE alude a una concreta circunstancia, que en los últimos años en España se vino a consolidar como práctica con el fin de evidenciar un consentimiento libre, un conocimiento y comprensión claros y una negociación individual por el prestatario, e incluso se refrendó normativamente en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (precepto derogado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), pero que ahora el TJUE claramente rechaza como elemento de valoración o indicio que permita por sí sola llegar a tal conclusión: me refiero a la expresión manuscrita del prestatario contenida en el contrato con la mención de que comprende qué supone la cláusula suelo y acepta esa novación de tal cláusula en los términos reflejados en la nueva cláusula. Esta mención y expresión de puño y letra del prestatario en el contrato, según el TJUE, no sirve por sí sola para acreditar y concluir que ese contrato y esas cláusulas fueran negociadas individualmente ni que pudo el consumidor influir en su contenido⁹.

Dicho esto, cabe observar en este caso concreto, y ya puesto en relación con otros asuntos similares en los que la misma entidad bancaria Ibercaja ha sido demandada (como son los casos de las SSTS números 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre, que serán objeto de comentario *ut infra*), que ese acuerdo novatorio, con reducción de la cláusula suelo original e inclusión de una renuncia a acciones judiciales, es prácticamente idéntico en todos ellos; por lo que el carácter predisuesto, impuesto y general de estas cláusulas es evidente.

C) Siguiendo el *iter* resolutivo de la STJUE de 9 de julio de 2020, me detendré a continuación en el examen de la cuestión prejudicial planteada en cuarto lugar y la respuesta que a ella da el TJUE para después abordar conjuntamente, al igual que hace este tribunal, las cuestiones referidas al posible control de transparencia y de abusividad de la cláusula de renuncia a acciones.

En este caso lo que se plantea es si esa cláusula suelo nueva, derivada del contrato novatorio, puede ser sometida al control de transparencia y en tal caso si pudiera ser considerada abusiva por falta de transparencia y por ello nula, por entender que no se cumplió con los deberes de información previa sobre las reales consecuencias económicas de esa novación.

Sobre la posibilidad de ser sometida a control de transparencia cabe recordar lo indicado en el apartado anterior y la resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial segunda: de considerarse que es una cláusula no negociada individualmente, dicha cláusula novatoria debe ser objeto de control de transparencia y de abusividad, tratándose de un prestatario consumidor.

El TJUE recuerda el significado y fin de ese control y requisito de transparencia evidenciado en muchas de sus resoluciones: las cláusulas deben ser transparentes no solo desde el punto de vista formal y gramatical, sino también

de forma que el consumidor pueda conocer efectivamente las consecuencias económicas de la firma de ese contrato, y poder así valorarlas y decidir de forma libre y consciente la oportunidad de esa firma: «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación 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 (Sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuciuc y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 45)».

Para efectuar ese control de transparencia el juez nacional debe atender a todos los elementos de hecho y circunstancias concurrentes en el caso, y particularmente, deberá comprobarse qué información se proporcionó al consumidor antes de la celebración del contrato, sobre las condiciones de ese contrato y las consecuencias de dicha celebración (cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Pero en este punto el TJUE introduce una matización sobre esa información a proporcionar por el prestamista que hasta ahora no se había puesto de relieve. Aun refiriéndose a doctrina anterior señalada en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (*Andriuciuc y otros*, C-186/16) de que «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato», el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020 insiste en que, al comprobar que el profesional haya cumplido con esos deberes de transparencia exigidos por los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, se deben tomar como referencia los elementos de que disponía en la fecha en que se celebró el contrato y, particularmente, con respecto a las cláusulas suelo «procede hacer constar que las repercusiones económicas de un mecanismo por el que se establece un límite inferior a las fluctuaciones del tipo de interés dependen necesariamente de la evolución del índice de referencia a partir del cual se calcula ese tipo».

Es decir, el TJUE basa el cumplimiento del control de transparencia en la información previa suministrada al consumidor pero exigiendo únicamente ahora con respecto a las cláusulas suelo una información referida únicamente a la evolución en el pasado de los índices de referencia, sin exigir información sobre la previsible (con datos existentes en ese momento) evolución futura de esos índices, atendiendo a distintos escenarios que pudieran plantearse en el futuro: «no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula “suelo” sobre tales cuotas».

Información precisa y exacta tal vez no, pero hipótesis, valoraciones y datos con los que sí cuenta la entidad bancaria que a nivel de hipótesis pudieran per-

mitir al consumidor a su vez valorar la posible evolución de los índices, aunque sea a corto o medio plazo, pues no estaría de más. Y es que cabe advertir que esas hipótesis de evolución futura pueden llevarse a cabo sin muchos problemas por las entidades bancarias, como profesionales y expertos que cuentan con diversidad de datos y analistas; de hecho, su propia actividad, competitividad y solvencia en el tráfico económico financiero y bancario les obliga a hacer esas previsiones futuras, y así lo hacen. Cabe recordar, además, que desde la STS de 9 de mayo de 2013, la jurisprudencia posterior comunitaria (entre otras, STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16) y distinta normativa bancaria y crediticia española han incidido, en el marco de las exigencias de cumplimiento de los deberes de transparencia por el prestamista y de un comportamiento leal y acorde con la buena fe contractual, en el deber de este de proporcionar, con carácter previo a la celebración del contrato, información al consumidor sobre los escenarios posibles de evolución de los índices de referencia en caso de préstamos a tipos de interés variable (así, en el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 y en el artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), y en esos escenarios se ha venido entendiendo que se incluía una valoración y previsión también a futuro, a corto o medio plazo, por cuanto las entidades bancarias disponían de ellas.

Trasladar esa información, aun como meras hipótesis, al consumidor, sin duda completaría mejor la información y conocimiento del prestatario de las consecuencias económicas reales que se derivarían del contrato que firma y sí que se produciría una mayor simetría informativa y de conocimiento entre ambas partes contratantes, cumpliéndose así de modo efectivo las exigencias de transparencia material que en los últimos años han venido acuñándose y defendiéndose tanto desde instancias europeas como nacionales.

Pero lo cierto es que el TJUE ahora centra el ámbito de esa información en la evolución pasada. Y, tal conclusión, en lo que respecta a la valoración de la transparencia de la cláusula novatoria, lleva al TJUE a concluir que para predicar tal transparencia el consumidor debe haber sido informado previamente de las consecuencias económicas de tal cláusula, atendiendo a datos de la evolución pasada del índice de referencia.

Y concretamente, con respecto a esas consecuencias económicas de la novación de la cláusula suelo, en relación con las cantidades a las que por esa modificación de la cláusula suelo el prestatario renunciaría (con referencia a cantidades que, de no existir esa cláusula suelo, debiera pagar), el TJUE entiende que un consumidor medio puede llegar a calcular esas cantidades fácilmente «siempre que el profesional —en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto— haya puesto a su disposición todos los datos necesarios».

¿Cuáles serían esos datos necesarios? Habrá que estar al caso concreto para valorar si los datos proporcionados fueron suficientes para ese cálculo; pero lo cierto y que remarca bien el TJUE es que esos datos los debe proporcionar la entidad bancaria, y cabe afirmar que se trata de datos técnicos y no tan sencillos, por la propia referencia del TJUE a la cualificación y conocimientos profesionales del prestamista, y porque es un hecho conocido que las fórmulas acogidas por las entidades bancarias para establecer los sistemas de amortización y el cálculo de los intereses variables no son sencillas (tanto es así que ni los propios juzgados realizan esos cálculos de oficio cuando condenan a la restitución de cantidades derivadas de una cláusula suelo declarada nula, sino que exigen el previo recálculo efectuado por la entidad bancaria)¹⁰.

D) Por último, debe analizarse las resoluciones de las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que aluden a la renuncia de acciones incluida en ese contrato novatorio, planteándose si pueden y deben quedar sometidas al control de transparencia y de contenido.

Con respecto al sometimiento a estos controles el TJUE recuerda lo ya advertido con respecto a la cláusula novatoria, en cuanto a que una cláusula quedará sujeta a tales controles y a lo previsto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE en la medida que se trate de una cláusula no negociada individualmente. Y, aparte de la comprobación por el juez nacional del cumplimiento de las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia, el TJUE advierte del contenido del apartado 1.q) del anexo de la Directiva 93/13/CEE que prevé como cláusula que podría ser abusiva aquella que tiene por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», lo que será este caso.

Y de cara a concretar ese carácter abusivo, el TJUE distingue entre dos supuestos: i) la renuncia a las acciones derivadas de la cláusula suelo original ahora novada; y ii) la renuncia a las acciones derivadas de la nueva cláusula suelo.

Ahora bien, atendida la redacción de la cláusula en el contrato novatorio, cabe advertir que la renuncia de acciones no se especifica en relación a la cláusula suelo, sino que es de tal punto genérica que se habla de renuncia a cualquier acción derivada del clausulado del préstamo (no solo del pacto novatorio) y por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, que se reconocen correctos; no es solo por la cláusula suelo, sino que se concibe como un «blindaje» a futuro de la entidad prestamista que puede hacerlo valer frente a cualquier reclamación del prestatario, oponiéndole esa renuncia. Pero el TJUE se centra específicamente en atender a las acciones derivadas de la cláusula suelo.

Respecto de la renuncia a acciones que puedan surgir de la nueva cláusula suelo, el TJUE con total claridad y lógica advierte que no se puede renunciar válidamente al ejercicio de acciones por controversias futuras y eventuales que pudieran surgir; pues en el momento de la renuncia desconoce el alcance de la misma y sus consecuencias. Una renuncia previa a la tutela judicial y a los derechos y protección que a futuro le puede brindar la Directiva 93/13/CEE no puede vincular al consumidor pues ello supondría ir contra el carácter imperativo del artículo 6 de la referida Directiva y pondría, según el TJUE, en peligro la eficacia de este sistema de protección del consumidor.

Esta misma conclusión cabe entender que debe aplicarse con respecto a la genérica renuncia a acciones que se deriva de la cláusula contenida en el pacto objeto de la sentencia: al desconocer el alcance del objeto de esa renuncia genérica no puede admitirse su validez con respecto a cualquier futura acción que pueda plantearse por el clausulado de ese préstamo hipotecario o su formalización.

Y con respecto a la renuncia de acciones derivadas de la cláusula suelo original novada, el TJUE incide a mi juicio en dos cuestiones criticables:

a) En primer lugar, al calificar el acuerdo en que se incardina esa cláusula de renuncia como una transacción. Cabe traer aquí las mismas consideraciones críticas señaladas *ut supra* en este trabajo con respecto a la calificación de transacción que hizo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de abril de 2018: habrá que atender lógicamente a cada caso concreto, pero no puede afirmarse genéricamente que en este tipo de prácticas que se hicieron frecuentes tras la STS de 9 de mayo de 2013 haya un acuerdo transaccional (con voluntad de ambas partes de poner fin a una controversia o evitar un litigio), sino mera novación

de cláusulas. Un concepto ese de «transacción» que, además como tal, presupone ya cierta negociación individual de su clausulado¹¹, al menos por cuanto de su propia naturaleza como transacción se derivan unas concesiones recíprocas entre las partes, y en estos casos realmente cabe dudar de que exista tal voluntad transaccional en estos acuerdos; voluntad de novar y conseguir que se reduzca o elimine la cláusula suelo inicialmente prevista sí hay, sin duda; pero en cuanto a la renuncia de acciones, no creo que esa renuncia se hubiera previsto como real concesión de los prestatarios, sino que se incluyó en el acuerdo, a único beneficio de la entidad prestamista y predisponente, pero siendo una cuestión que para los prestatarios se les representó como algo accesorio e inocuo en ese momento.

En todo caso, el TJUE prevé y establece las reglas de aplicación del control de transparencia y el de abusividad en relación con esta renuncia a acciones, al menos en el caso planteado; y esto lo hace porque este Tribunal parte realmente de que no ha habido negociación individual, sino que se trata de una cláusula predispuesta e impuesta por el empresario, al igual que la cláusula novatoria y nueva cláusula suelo, contenida en el mismo contrato, como ya advirtió en los apartados 36 a 38 de esta Sentencia de 9 de julio de 2020 al resolver la segunda cuestión prejudicial planteada.

b) Por otro lado, al igual que señaló al resolver la primera cuestión prejudicial en los apartados 28, 29 y 30 de la sentencia, el TJUE viene a exigir también al resolver la tercera cuestión prejudicial el consentimiento libre e informado del consumidor para que la renuncia a acciones tenga validez; y eso conlleva por tanto el presupuesto de que el consumidor sea plenamente consciente de las consecuencias de su renuncia.

Sin embargo, a diferencia de lo indicado en los apartados anteriores 28 a 30 al resolver la primera cuestión prejudicial, ahora el TJUE centra la necesaria consciencia y conocimiento del consumidor para renunciar válidamente, con un consentimiento libre e informado, no en el conocimiento de todas las consecuencias, sean jurídicas o económicas (cuya relevancia para el consumidor precisamente había puesto de relieve el TJUE en los apartados 45 y siguientes, al resolver la cuarta cuestión prejudicial planteada), sino solo en el conocimiento de las consecuencias jurídicas. El TJUE señala ahora que cabría reputar esa renuncia a acciones judiciales por la cláusula suelo original como abusiva si el consumidor no hubiera podido disponer de información suficiente para poder comprender las consecuencias «jurídicas» derivadas de esa renuncia: el TJUE solo habla aquí de consecuencias jurídicas, pero vinculadas a ellas no deben obviarse las consecuencias económicas de esa renuncia, manifestadas en las cantidades cuya devolución pudieran haberse pedido a través de esas acciones a las que con ese contrato novatorio se renuncia.

Considero que debe unificarse la doctrina contenida en esta sentencia en relación a la primera y tercera cuestión prejudicial para así concluir que el consumidor debe ser plenamente consciente de a qué renuncia para así entender que ha prestado un consentimiento libre e informado: renuncia a determinadas acciones sí, como consecuencia jurídica procesal, pero también renuncia al objeto de esas acciones, que también es una consecuencia jurídica en cuanto a que supone la extinción de las pretensiones del derecho de reclamación que ostenta; y para concretar ese objeto de renuncia es preciso determinar asimismo a qué cantidades económicas va a renunciar; y sobre ello es esencial la información previa que se le proporcione al consumidor.

Sobre esa información necesaria para el consumidor; en este caso en los apartados 70 y siguientes de la Sentencia de 9 de julio de 2020, el TJUE viene a

advertir que, en virtud de las exigencias de transparencia, es la entidad bancaria quien debe proporcionar tal información al consumidor: y es lógico pues, desde luego, la entidad bancaria cuenta sobre esa situación con más datos e información jurídica y económica que el prestatario (la asimetría informativa es clara en estos asuntos). Pero el TJUE advierte a este respecto que el alcance y extensión de esa información deberá determinarse en atención a la situación jurídica existente en el momento de celebrarse ese contrato novatorio con la renuncia a acciones y el nivel de certidumbre existente en ese momento acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo. Y a fecha del contrato novatorio objeto de esta resolución, marzo de 2014, señala el TJUE que, aunque existía una gran probabilidad de que se declarase abusiva y nula esa cláusula suelo en ese caso concreto, no existía certeza total, como tampoco se conocía que deberían devolverse íntegramente todas las cantidades, pues tal circunstancia se concretó a partir de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Dicho esto, el que la situación no fuera totalmente cierta, eso no significa que no debiera haberse informado de cual era esa situación en el momento de la firma del contrato novatorio y de renuncia: debe acreditarse que la entidad prestamista cumplió con sus deberes de transparencia precisamente informando al consumidor de la situación existente sobre la eventual nulidad de esa cláusula por falta de transparencia, las posibilidades que tenía de pedir su nulidad y qué consecuencias tendría esa nulidad, y de que con la firma de ese contrato renunciaba a todo ello. Ya en apartados anteriores de esta STJUE de 9 de julio de 2020 se advierte de la necesaria consciencia del consumidor sobre la falta de vinculación de la cláusula suelo, sobre las consecuencias de ello y sobre las consecuencias de la firma del acuerdo novatorio para poder entender que su consentimiento fue libre e informado y por tanto ese acuerdo novatorio y sus cláusulas fuera válido y eficaz; advierte el TJUE que el alcance de la información no puede llevar a exigir de la entidad valoraciones a futuro, pero al menos sí que se le podrá exigir que aporte los datos y toda la información que tuviera disponible sobre la materia a fecha del contrato (información que será en todo caso superior a la que tendría el consumidor); debe acreditarse que se aportó información suficiente de forma previa al contrato para que el consumidor pudiera comprender las consecuencias de la firma de ese contrato novatorio y de renuncia a acciones.

V. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020: SSTS DE 5 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020

En noviembre de 2020 el Tribunal Supremo se hizo eco de esta doctrina contenida en la STJUE de 9 de julio de 2020 para resolver varios recursos de casación planteados sobre la validez y eficacia de acuerdos novatorios con renuncia de acciones.

A) En las SSTS números 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre se resuelven sendos litigios en los que la demandada (y recurrente en casación) era la misma entidad que fue parte en la STJUE de 9 de julio de 2020 (Ibercaja) con unos acuerdos novatorios objeto de litigio prácticamente idénticos entre sí.

En ambos casos el préstamo de los demandantes se celebró por la subrogación de estos en el préstamo anterior del promotor que contenía la cláusula suelo. Tras la STS de 9 de mayo de 2013, se celebró en marzo de 2014 un contrato de novación en el que se rebajaba la cláusula suelo del 3,25% al 2,25% en el primer caso y del 4,25% al 2,75% en el segundo caso, y también se acogió una cláusula

genérica de renuncia a cualquier acción que se pudiera derivar del contrato de préstamo en cuanto a su formalización y clausulado, así como por liquidaciones y pagos hechos hasta ese momento.

El Tribunal Supremo en estos casos, amparándose en lo indicado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, reitera lo que ya señaló en las SSTs número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, número 101/2019, de 18 de febrero y número 361/2019, de 26 de junio, en cuanto a que es posible la novación (o transacción) de una cláusula nula (y que así puede declararse) siendo la nueva cláusula válida si fue negociada, y, en caso de no haberse negociado individualmente, si cumple con los criterios y exigencias de transparencia. Y en este punto, el Tribunal constata que en los casos analizados no hubo negociación, y por ello debe entrar a comprobar que se cumplieron los deberes de transparencia: y al respecto pone de manifiesto lo resuelto por el TJUE el 9 de julio de 2020 en relación con la cuestión prejudicial cuarta, transcribiendo los apartados 51 a 55 de esa resolución, y concluye que en ambos casos la cláusula de novación es transparente.

Parte del análisis del caso concreto y las circunstancias concurrentes en ellos, concluyendo que en ambos casos los prestatarios conocían de la posible nulidad de su cláusula suelo y sobre su incidencia. Atiende el Tribunal Supremo a que debe tenerse en cuenta el conocimiento generalizado que surgió tras la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la eventual nulidad de la cláusula suelo y el efecto de esa nulidad a partir de esa sentencia; conocimiento que se concretaba también en los prestatarios de los casos examinados¹². Asimismo, advierte el Tribunal Supremo que la expresión manuscrita firmada por los prestatarios en el contrato de novación sobre que son conscientes y entienden que el tipo de interés de su préstamo ahora sería como mínimo de un 2,25% o un 2,75% respectivamente, aunque no sirva por sí sola para acreditar la negociación individual, sí que permite junto con otros elementos e indicios apreciar que se cumplieron las exigencias de transparencia. Y, por último, en atención a la necesaria información a suministrar al prestatario consumidor para que pueda conocer las consecuencias económicas de esa novación, informando sobre la evolución pasada del índice de referencia, tal y como advierte el TJUE, concluye que este criterio de transparencia se habría cumplido en ambos casos, pues «consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento».

Así pues, el Tribunal Supremo concluye la validez de la nueva cláusula suelo prevista en ambos casos, determinando que producirá efectos desde la fecha del contrato de novación. Pero también declara la nulidad de la cláusula suelo inicial, de modo que condena a la entidad prestamista a devolver todas las cantidades percibidas indebidamente en virtud de esa cláusula hasta la fecha de la novación.

Por lo que se refiere a la renuncia a las acciones judiciales, en ambas sentencias el Tribunal Supremo entiende que no puede apreciarse su validez por cuanto, habiendo sido predisuelta por la entidad bancaria y no negociada individualmente con el prestatario, para poder reputarse válida, según advierte el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020 el consumidor debiera haber tenido información suficiente para comprender las consecuencias jurídicas de esa renuncia. Pero en estos casos la renuncia se planteaba de modo genérico a cualquier acción, abarcando cuestiones ajenas a la controversia sobre cláusulas suelo, que es lo que sería objeto del pretendido acuerdo transaccional, y por ello según el Tribunal Supremo no puede reputarse válida, y la declara nula.

B) En la STS número 589/2020, de 11 de noviembre, al igual que en las anteriores resoluciones comentadas se consideró válida la novación efectuada, pero también la renuncia a acciones contenida en el acuerdo transaccional analizado (que en este caso sí parece contar con más elementos que en casos anteriores para ser considerado y calificado como tal). Pero en este caso existen algunos aspectos que difieren de los de las Sentencias número 580/2020 y 581/2020.

En primer lugar, en el documento de 9 de septiembre de 2015 en que se formalizó esa novación y renuncia a acciones expresamente se hacía referencia a la situación problemática y tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las cláusulas suelo como motivo y justificación de la oferta de novación realizada por la entidad Caja Rural de Navarra. La cláusula suelo existente se preveía en un 2%. Además, esa oferta consistía en varias opciones presentadas previamente al prestatario con el fin de que las valorase y decidiera cuál de ellas quería que se acogiera; opciones diversas que consistían en el mantenimiento de las condiciones existentes o en la eliminación de la cláusula suelo para siempre pero con una nueva previsión de tipo de interés bajo cuatro variantes: establecer un tipo fijo por 5 años por el 1,90%, y el resto con el diferencial existente en el momento de firma de la novación; un tipo fijo por 20 años del 2,25% y mantenimiento después del mismo diferencial actual; un tipo fijo del 1,90% durante 2 años, y el resto de años aumentando el diferencial actual en 0,15 puntos; o bien simplemente eliminar la cláusula suelo y aumentar el diferencia actual en 0,15 puntos; y el prestatario eligió la eliminación de la cláusula suelo y el tipo fijo durante 5 años del 1,90%. Por tanto, en este caso no se volvió a incluir una cláusula suelo sino que se eliminó ya para toda la vigencia del contrato.

Y ante estas circunstancias el Tribunal Supremo califica este acuerdo como una transacción pues así se calificó por la Audiencia Provincial y no hubo contradicción por las partes; además entiende que se celebró para evitar un litigio posterior; aportar certeza o seguridad a la situación incierta existente, y hubo concesiones recíprocas en el marco concreto de la cláusula sobre el tipo de interés aplicable.

Con respecto a esta cláusula novatoria el Tribunal Supremo reitera su doctrina ya indicada en este trabajo reconociendo la posibilidad de que una novación o acuerdo transaccional pueda ser válido pese a que la cláusula novada fuera nula (SSTS número 205/2018, de 11 de abril, número 489/2018, de 13 de septiembre, número 548/2018, de 5 de octubre, número 101/2019, de 18 de febrero y número 361/2019, de 26 de junio); doctrina que, también advierte, ha venido a ser refrendada por la STJUE de 9 de julio de 2020.

Advierte el Tribunal Supremo que en este caso el convenio aparece redactado de modo claro y comprensible para un consumidor medio, se entregó una oferta previa a la suscripción del convenio novatorio, incluyendo distintas opciones a elección del prestatario, y el convenio se celebró tras esa opción y en atención a ella. Además, la STS de 9 de mayo de 2013 había tenido ya una amplia repercusión mediática y era de conocimiento generalizado, si bien existía una doble incertidumbre en cuanto a la efectiva nulidad de la cláusula suelo del concreto contrato y a los efectos temporales de la restitución de cantidades. Por otro lado, con respecto a la información y conocimientos del prestatario sobre las consecuencias y efectos económicos de la renuncia, advierte nuestro alto tribunal en este caso que la cláusula suelo inicial ya se había aplicado durante los dos años anteriores y sus características y efectos económicos eran por ello conocidos por el prestatario a través de los documentos de liquidación de las cuotas periódicas del préstamo.

Con base en estas circunstancias concurrentes en el caso, y dado que tampoco se había alegado ningún tipo de vicio de consentimiento contractual, estima el Tribunal que esa novación y esa nueva cláusula relativa al tipo de interés a abonar por el prestatario es válida.

Por lo que respecta a la renuncia de acciones, en este caso la cláusula contenida en el contrato sobre este aspecto no era genérica como en los casos previstos en las SSTs número 580/2020 y 581/2020, así como en la STJUE de 9 de julio de 2020, refiriéndose a cualquier acción sobre cualquier cláusula del contrato o cualquier liquidación y pago ya hecho. No: en este caso la renuncia de acciones se concretaba a las que tuvieran por objeto la cláusula suelo. La estipulación segunda del contrato señalaba: «Con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso».

Y ante esto, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 11 de noviembre de 2020 concluye que es una cláusula válida en cuanto que «la renuncia contenida en el documento cuestionado reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato del préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas a la transaccionada». Y la declara válida, sin perjuicio del mantenimiento de la declaración de nulidad de la cláusula suelo original, pues esta no se impugnó en casación.

VI. CONCLUSIONES

Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017 y art. 1208 CC).

Ahora bien, aunque la cláusula suelo original no quede sanada, de acuerdo con lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020, y que refrenda lo ya indicado por el Tribunal Supremo en jurisprudencia anterior indicada en este trabajo y también en las más recientes resoluciones de noviembre de 2020, esa nulidad no impide que dicha cláusula pueda ser objeto de novación y que esta nueva cláusula pueda ser válida si cumple todos los requisitos para ello, incluidas las exigencias de transparencia si se trata de una cláusula no negociada individualmente.

Para entender superadas las exigencias de transparencia con respecto a la novación y la renuncia de acciones por la cláusula inicial (siempre que tal renuncia se acote a esa concreta controversia por cláusula suelo objeto de la novación) es esencial que el consumidor haya prestado un consentimiento libre e informado, lo cual determinará que en tal caso sea consciente de a qué se vincula, a qué renuncia y las consecuencias tanto jurídicas como económicas de ello. Y para comprobar que existe tal consentimiento libre, consciente e informado deberá atenderse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en el momento de celebración del acuerdo novatorio y bajo ese contexto determinar el alcance de las obligaciones de información de la entidad prestamista.

Con respecto a la renuncia de acciones, si se trata de una renuncia planteada de modo genérico, sin concretar su alcance a la específica cláusula objeto del acuerdo novatorio pretendidamente transaccional y con respecto a futuras controversias no existentes y desconocidas en el momento de la celebración de ese acuerdo que contiene la renuncia, no es válida tal renuncia pues iría contra lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, haciendo ineficaz el sistema de protección al consumidor en ella previsto; es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU), además de suponer tal actuación de la prestamista un comportamiento contrario a la buena fe contractual al incluir en su único beneficio una cláusula tan genérica de renuncia a acciones por cualquier controversia surgida del préstamo.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de febrero de 2013 (*Banif Plus Bank*, C-472/11).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 14 de abril de 2016 (*Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14).
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (*Andriiciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (*Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (*Dziubak*, C-260/18).
- STJUE de 9 de julio de 2020 (*XZ e Ibercaja*, C-452/18).
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 16 de octubre de 2017.
- STS de 11 de abril de 2018.
- STS de 13 de septiembre de 2018.
- STS de 5 de octubre de 2018.
- STS de 18 de febrero de 2019.
- STS de 26 de junio de 2019.
- SSTS de 5 de noviembre de 2020.
- STS de 11 de noviembre de 2020.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciadas relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir? *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020 [disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciadas-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir/>].
- CARRASCO PERERA, A. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 13 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf].

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 11 de abril de 2018 y de 13 de septiembre de 2018). *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2020.
- MATE SATUÉ, L.C. (2018). La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, en Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera (dirs.). *Los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid: Aranzadi, 461-473.
- (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la LCCI, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, 335-360 [disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/379>].
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 28 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_préstamo_hipotecario.pdf].
- (2019). *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus.
- PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 [disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>].

NOTAS

¹ Sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la protección de los consumidores, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 [disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>]; y PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.

² A este respecto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) advirtió en sus considerandos 53 a 58 que: «A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 44). Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 63). Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su

vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 78). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 65). En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto».

Por su parte la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, C-421/14) en sus considerandos 40 a 43 indica: «A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en particular, la Sentencia de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 22 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las Sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 53 y 55). Según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las Sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 54). En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (Sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 58)».

³ Así, crítico con esta sentencia se mostró MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 28 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_préstamo_hipotecario.pdf], e igualmente en MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*. Madrid: Reus. Sin embargo, a favor de esta resolución se mostró CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, publicaciones jurídicas, 13 de abril de 2018 [disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf].

⁴ Al margen del voto particular discrepante contenido en la propia STS de 11 de abril de 2018, con posterioridad a esta resolución fueron varias las resoluciones dictadas en juzgados y tribunales de primera y segunda instancia que no siguieron esa doctrina del Pleno del Tribunal Supremo, sino que atendieron a lo previsto en el voto particular o bien a lo anteriormente indicado en la STS de 16 de octubre de 2017: entre otras, SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018, SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018 y SAP Badajoz de 26 de abril de 2018.

⁵ A este respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios..., *op. cit.*

⁶ A este respecto, *cfr.*, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 11 de abril de 2018 y de 13 de septiembre de 2018). *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2020; y CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?, *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020, [disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>].

⁷ Estas SSTJUE citadas a este respecto por el TJUE en la Sentencia de 9 de julio de 2020, como bien advierte CÁMARA LAPUENTE, preveían la posibilidad de que el consumidor renunciara a la protección de la Directiva 93/13/CEE en el marco de procesos en los que la declaración de nulidad de la cláusula supondría la nulidad de todo el contrato (y para evitarlo, se podría atender a la voluntad del propio consumidor) o vienen el contexto de un control de nulidad y abusividad de oficio por el juez: circunstancias que no concurrían en ese acuerdo novatorio del litigio principal del que derivan las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en esta Sentencia de 9 de julio de 2020. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

⁸ *Vid.*, a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

⁹ Respecto a esta expresión manuscrita y su incidencia en la controversia sobre los préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, *Vid.* MATE SATUÉ, L.C. (2018). La expresión manuscrita en relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, en Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera (dirs.). *Los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid: Aranzadi, 461-473; y de la misma autora, el trabajo, Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la LCCI, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, 335-360 [disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/379>].

¹⁰ *Vid.*, a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*

¹¹ Lo cual, por otro lado, como advierte CÁMARA LAPUENTE, determinaría que las cláusulas de ese acuerdo se consideraran como negociadas, y, en consecuencia, no podría aplicarse ese control de transparencia ni de contenido o abusividad, ni las previsiones de la Directiva 93/13/CEE; estaríamos hablando de un contrato negociado y en cuanto tal los controles de validez o no de ese acuerdo vendrían vinculados a la posible nulidad o anulabilidad del mismo atendiendo a las reglas generales de los contratos (inexistencia de requisitos esenciales, falta o defecto de capacidad, vicios de consentimiento...), pero no puede sujetarse a las reglas y exigencias especiales sobre transparencia acuñadas en protección del consumidor ante contratos de adhesión y cláusulas no negociadas individualmente (CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) sobre novaciones..., *op. cit.*).

¹² Concretamente, advierte, que en el caso de la STS núm. 580/2020 que fueron los demandantes quienes acudieron ellos mismos a la entidad a pedir la supresión de la cláusula suelo, a la vista de las noticias que surgían de los medios de comunicación sobre este tema y advertir que ellos mismos estaban afectados, pero la entidad se negó aunque al día siguiente les ofrecieron la reducción del tipo de interés suelo y lo aceptaron; y en el caso de la STS núm. 581/2020, aunque fue la propia entidad la que contactó con la prestataria ofreciéndole esa novación, se estima que esta (con formación universitaria de economista) conocía de la situación y cómo le había repercutido la cláusula suelo originaria anteriormente, habiéndosele puesto además a su disposición la evolución del índice de referencia para el cálculo del tipo de interés.

Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad*

Casual link and probabilistic calculation of damage by loss of opportunity

por

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
Prof. titular de Derecho civil.
Universidad de Almería

RESUMEN: La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad carece de sustento normativo, pero tiene pleno reconocimiento jurisprudencial. Se aplica, en lo que a la responsabilidad médico-sanitaria se refiere, en la jurisdicción civil y especialmente en la contencioso-administrativa, como técnica para salvar serias dificultades de la prueba del nexo causal y para evitar la solución a que conduce el modelo causal tradicional del «todo o nada». A la determinación de daño antijurídico, de difícil concreción, se suma el cálculo probabilístico, en ambos casos, sobre un escenario hipotético. Analizamos los distintos escenarios donde se aplica y damos cuenta de la dificultad que entraña determinar y cuantificar la privación de esa «expectativa frustrada» del paciente. En ocasiones, se altera el margen de seguridad jurídica, con pronunciamientos dispares, ante supuestos similares.

ABSTRACT: *The application of the doctrine of loss of opportunity has no normative basis, but it has full jurisprudential recognition. It is applied, as far as medical-sanitary liability is concerned, in civil jurisdiction and especially in contentious-administrative proceedings, as a technique to overcome serious difficulties in proving the causal link and to avoid the solution to which the traditional «all or nothing» causal model leads. In addition to the determination of antijuridical damage, which is difficult to specify, there is the probabilistic calculation, in both cases, on a hypothetical scenario. We analyze the different scenarios where it is applied and realize the difficulty of determining and quantifying the deprivation of that «frustrated expectation» of the patient. Sometimes, the margin of legal certainty is altered, with different pronouncements, in the face of similar assumptions.*

PALABRAS CLAVE: Pérdida de oportunidad. Responsabilidad médica. Casuística judicial.

KEY WORDS: *Loss of opportunity. Medical Liability. Case law.*

* Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil» Grupos PAIDI (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES y CEIA3.

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SU PRUEBA: 1. LA *LEX ARTIS*: PARÁMETRO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA. 2. EL OBLIGADO NEXO CAUSAL. 3. CRITERIO LEGAL Y DOCTRINAS QUE MODULAN LA REGLA GENERAL DE LA PRUEBA.—**II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DAÑO ANTIJURÍDICO (HIPOTÉTICO):** 1. CONFIGURACIÓN E INCERTIDUMBRE CAUSAL COMO ESCENARIO. 2. DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL DAÑO Y EL CÁLCULO PROBABILÍSTICO.—**III. OPORTUNIDADES PERDIDAS. FENOMENOLOGÍA Y CASUÍSTICA JUDICIAL:** 1. FALTA DE INFORMACIÓN Y/O CONSENTIMIENTO INFORMADO. 2. ERRORES O RETRASO DE DIAGNÓSTICO Y «DECISIONES» EQUIVOCADAS. 3. ERROR O RETRASO DE DIAGNÓSTICO PRENATAL: a) *Malformaciones congénitas*. b) *Síndrome de Down*.—**IV. CONCLUSIONES.**—**V. RESOLUCIONES CITADAS.**—**VI. BIBLIOGRAFÍA.**

I. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SU PRUEBA

1. LA *LEX ARTIS*: PARÁMETRO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

Iniciado un proceso judicial por responsabilidad médica, el actor (paciente) debe probar el daño, el incumplimiento de las normas que integran la denominada *lex artis* (culpa médica)¹ y la relación de causalidad. No existe la presunción de culpa, admitida en otros ámbitos de la responsabilidad civil y la prueba de la relación de causalidad exige para su apreciación, «certeza probatoria y no meras conjeturas, hipótesis o posibilidades»². El éxito de la reclamación indemnizatoria dependerá de que el dañado pueda acreditar estos extremos. Por su parte, la parte demandada, debe probar aquellos hechos dirigidos a impedir, extinguir y excluir la responsabilidad que se le imputa. Ello responde a la regla general de la carga de la prueba prevista en el artículo 217 LEC (apartados 2 y 3). Pero, lo cierto es que, la carga de los hechos a probar, puede resultar al paciente extremadamente difícil, cuando no imposible, en muchos casos. Normalmente, el perjudicado carece de conocimientos suficientes o no dispone de medios y documentos fácilmente accesibles, con los que poder acreditar los hechos constitutivos de su pretensión. La víctima se encuentra de ordinario indefensa, porque, en materia de responsabilidad médica, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, que responda solo a la existencia de la lesión o del daño. Tampoco existen presunciones de culpa, ni desplazamientos o inversión de la carga de la prueba, admitida en otros ámbitos de la responsabilidad civil; siendo imprescindible que, a la relación causal, material o física, se sume, el ya referido reproche culpabilístico.

El criterio de la *lex artis*, es el parámetro de la antijuridicidad de la actuación sanitaria y constituye el sustrato o esencia de la culpa médica³. Es utilizado por la jurisprudencia, tanto civil, como contencioso-administrativa, para determinar si dicho criterio se aplicó de forma correcta. Un resultado lesivo no siempre se debe a una mala praxis, pues de exigirse solo la concurrencia del daño, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento jurídico, como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad. Incluso en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración⁴ —calificada de objetiva— es preciso acudir al criterio de la *lex artis*. El daño indemnizable ha de ser antijurídico y evaluable patrimonialmente. No basta con que se materialice, sino que es necesario que este haya sido provocado por una mala praxis profesional y exista el nexo causal. Asimismo, recae el *onus probandi* del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de otras circunstancias suficientes para considerar roto el nexo causal, sobre la Administración Y es que, como reitera la jurisper-

dencia «no le es posible ni a la ciencia, ni a la Administración, garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente» [STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018]⁵.

2. EL OBLIGADO NEXO CAUSAL

Acreditada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre este y la asistencia sanitaria prestada. El nexo causal constituye otro presupuesto básico para imputar la responsabilidad e implica la conexión entre la actuación médica contraria a la *lex artis* y el resultado lesivo producido al paciente. Para que se interrumpa, es preciso que intervenga una circunstancia ajena a la parte demandada, que provoque la aparición del daño o su agravación. Sin embargo, la prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad médico-sanitaria genera una problemática específica, dada la multiplicidad de causas (concausas) y varios causantes del daño.

La teorías doctrinales sobre la materia son las siguientes:

a) *Teoría de la equivalencia de las condiciones* que propugna la consideración de todas y cada una de las diversas concausas que hayan contribuido a la producción del resultado dañoso siempre y cuando este no hubiera acaecido de faltar algunas de las condiciones que hayan estado presentes en el supuesto de hecho. Se identifica esta tesis con la de la *conditio sine qua non*: esto es, solo se tendrán en cuenta aquellas circunstancias cuya concurrencia ha sido determinante en la producción del resultado dañoso.

b) *Teoría de la adecuación o de la causa adecuada* al considerar que la causa-origen del daño solo puede determinarse atendiendo a la adecuación entre aquella y este. Si el daño objetivamente contemplado era de esperar como una derivación natural del curso de los acontecimientos, en tal caso podrá hablarse de relación causal.

c) *Teoría de la causa próxima* que utiliza la jurisprudencia inglesa con frecuencia, y que requiere la necesidad de que entre el daño y la serie de concausas haya una relación de proximidad, de forma tal que las posibles causas de origen remoto deban ser desechadas.

d) *Teoría de la causa eficiente* de la que nuestra jurisprudencia prefiere hablar, tal vez para evitar que la nota de proximidad de la causa pueda traer consigo la exclusión de causas menos próximas que, sin embargo, son las verdaderamente determinantes del resultado dañoso.

De este modo y tradicionalmente, en el ámbito de la relación de causalidad, se ha exigido para su apreciación, la existencia de «certeza probatoria y no meras conjeturas, hipótesis o posibilidades»⁶; si bien, la doctrina actual permite acudir a criterios de «probabilidad cualificada» (STS de 24 de mayo de 2012)⁷.

3. CRITERIO LEGAL Y DOCTRINAS QUE MODULAN LA REGLA GENERAL DE LA PRUEBA

Partiendo de las breves consideraciones expuestas, la regla general de la carga de la prueba, admitiría matizaciones o excepciones, para proteger de manera más efectiva a la víctima y garantizarle su derecho al resarcimiento. Se trata de modular o atenuar la exigencia del elemento subjetivo de la culpa y la relación de

causalidad. En este contexto, es conocida la posibilidad de acudir a la «distribución dinámica de la prueba»⁸, que incorpora en nuestro ordenamiento el criterio o principio de «facilidad de la prueba»: la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad probatoria. Este principio, aplicado por nuestros Tribunales reiteradamente⁹, figura previsto en el artículo 217.7 LEC. Con él, se valoran las posibilidades probatorias concretas de las partes, desplazando la carga de una a otra, según criterios de mayor facilidad o dificultad; de la misma forma, habrán de acreditarse aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo, la parte contraria no podría demostrarlas sin grandes dificultades.

Paralelamente, otras líneas jurisprudenciales flexibilizan el rigor probatorio¹⁰, a consecuencia de la *incertidumbre* en alguno de los presupuestos necesarios, para que surja la responsabilidad:

— De una parte, la doctrina del daño desproporcionado¹¹, donde la jurisprudencia estima necesario «modular o atenuar» la valoración del elemento subjetivo de la culpa, cuando el resultado en que queda el paciente puede calificarse de «clamoroso», «inexplicado» o «inexplicable»¹². En estos casos, no es una objetivación absoluta de responsabilidad, sino la apreciación de culpa (*presunción desfavorable*), deducida del resultado desproporcionado¹³. Desproporción —con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común— que revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización. Y será el facultativo, quien deberá desvirtuar esa presunción de culpabilidad para obtener un pronunciamiento absolutorio. La existencia del daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica.

— De otra parte, la *doctrina de la pérdida de oportunidad*, cuya aplicación por nuestros tribunales resulta de más difícil concreción. Se aplica cuando existen dudas o incertidumbre en la prueba de la relación de causalidad. En estos casos, se condena a indemnizar, no por el resultado final, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiese tenido el paciente, si la actuación médico-sanitaria hubiese sido diferente.

Ambas doctrinas presentan matices diversos, y no pueden equipararse, ni responden exactamente al principio de la facilidad o disponibilidad probatoria. Con todo, desembocan en que sea el facultativo, el centro médico o la propia Administración de la Sanidad Pública, quien soporte las consecuencias negativas de esa falta, insuficiencia e incertidumbre de prueba en alguno de los presupuestos de la responsabilidad. En las líneas siguientes nos ocupamos de la complejidad que plantea la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. En ocasiones, como se verá, resulta de difícil o incierta apreciación, pues se trata de indemnizar una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Teniendo en cuenta la dificultad que entraña determinar y cuantificar la privación de esa «expectativa frustrada» del paciente.

II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DAÑO ANTIJURÍDICO (HIPOTÉTICO)

Como hemos anticipado, muy controvertida se presenta la prueba de la relación causa-efecto, entre la actuación u omisión del facultativo o de la propia

Administración y el daño final producido. Problemática que se acrecienta, cuando se producen lo que la doctrina denomina «daños pasivos»¹⁴. O, en definitiva, daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico o del tratamiento u omisiones de la Administración sanitaria (falta de servicio), que privan al paciente de cuidados médicos necesarios y/o adecuados en el tiempo oportuno. Si bien, conviene dejar sentado —como afirma la doctrina¹⁵— «que la causalidad siempre se ha llevado mal con la omisión «y el problema práctico de extender el análisis causal a la omisión, es que obliga a suponer una causalidad hipotética»; y por ende, implicando serias dificultades probatorias.

1. CONFIGURACIÓN E INCERTIDUMBRE CAUSAL COMO ESCENARIO

La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*), carece de sustento normativo¹⁶, si bien ostenta pleno reconocimiento jurisprudencial. Se plantea, en lo que a la responsabilidad médica se refiere, en la jurisdicción civil y especialmente en la contencioso-administrativa. Y ello con sustento en que, cuando existen dudas o incertidumbre en la prueba de la relación de causalidad, se condena a indemnizar, no por el resultado final, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiese tenido el paciente, si la actuación médico-sanitaria hubiese sido «otra». Así la relevancia indemnizatoria de la pérdida de oportunidad tiene un escenario necesario, que no es otro, que la incertidumbre en la relación de causalidad¹⁷.

Esta doctrina de origen judicial, se identifica como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*¹⁸, aunque concurrente con ella. Ello permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido, pero concurre un daño antijurídico. Si bien, es imposible establecer, de acuerdo al *onus probandi*, si el daño real (final) sufrido por el paciente, se hubiera producido igualmente con actuar más conforme a la *lex artis*. La teoría de la pérdida de oportunidad es aplicable a aquellos supuestos en los que por no existir certeza, ni «probabilidad cualificada»¹⁹, del resultado final acaecido, se identifica el daño con la oportunidad de curación o supervivencia (pérdida); o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si hubiese sido informado del riesgo posteriormente materializado. Ese perjuicio final, no está motivado por la actuación médica, sino que la eventualidad dañosa se desplaza hacia los márgenes de probabilidad del supuesto. «Se trata de un trasvase del escenario de hechos al Derecho, que obliga a romper las reglas clásicas de la causalidad e incluir valoraciones casuísticas en presupuestos jurídicos»²⁰.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se aplica como técnica para salvar serias dificultades de la prueba del nexo causal y evitar la solución del modelo causal tradicional del «todo o nada». Así lo reitera la STS de 19 de febrero de 2019²¹, cuando señala que la configuración de esta doctrina supone «un paliativo del radical principio del «todo o nada» a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento». En estos casos, la jurisprudencia huye de la certeza absoluta y se centra en el cálculo de probabilidades, para dar respuesta indemnizatoria al daño antijurídico producido a consecuencia del acto médico o funcionamiento del servicio sanitario. *Sensu contrario*, cuando se considere cierta y directa la relación de causalidad entre el daño y la negligente actuación médica, no procede traer a colación la

doctrina de la pérdida de oportunidad. Y es que, acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, contraria a la *lex artis*, se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano. En suma, los supuestos de pérdida de oportunidad constituyen un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado [STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018]²².

2. DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL DAÑO Y EL CÁLCULO PROBABILÍSTICO

Como se ha expuesto, y reitera la doctrina²³, el daño se concreta en la oportunidad de curación o supervivencia perdida, a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida y en función de la experiencia común (daño intermedio). El daño indemnizable, no lo es por el total perjuicio sufrido (daño final), al resultar imposible establecer un nexo de causalidad dados los umbrales de certeza determinados casuísticamente. Daño antijurídico que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. Ahora bien, la pérdida de oportunidad, hay que entenderla como perjuicio «real y cierto» e indemnizable. Hay daño antijurídico porque se privó de oportunidades de alcanzar un mejor resultado, si bien no puede conocerse a ciencia cierta si dicho resultado se habría alcanzado o no. Lo que, en buena lógica, implica, una doble incertidumbre sucesiva (cálculo de probabilidad) sobre un escenario hipotético. Y si bien, subsiste la incertidumbre respecto a la cuantificación del daño, hay que valorarlo económicamente. Generalmente, con una reducción proporcional de la cuantía indemnizatoria. De lo que se deduce que la indemnización es de forma necesaria, inferior al daño real sufrido (cien por cien); y a su vez, proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad malograda.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad, (la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable), se concibe como un nuevo tipo de daño²⁴, distinto del daño final acaecido y que no es equivalente al daño moral²⁵, si bien a veces se confunde. Daño real propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba, no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica; si es cierto que, de haber existido un tratamiento o actuación diferente, que no es ajeno a la propia medicina (y era posible), surgen dudas sobre si se habría producido el resultado final acaecido.

En todo caso conviene advertir que la responsabilidad por pérdida de oportunidades, exige que la «posibilidad frustrada» no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional, ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética²⁶. En suma, en estos casos, como se verá, el daño no es el material equivalente al hecho acaecido, sino la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran sucedido de otro modo. Existen serias dudas o incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran adoptado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación. Y como se ha dicho, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad no implica la obligación de indemnizar por la totalidad de los daños finales causados; pues estos, en algunos casos, son riesgos típicos o asociados a las enfermedades del paciente; y en otros, porque su curación nunca

se encuentra médicamente garantizada. Y no se puede predecir o aventurar cuál hubiera sido la evolución o el resultado y si este hubiera podido evitarse.

Y es que, el principio de «*reparación integral*» no demanda el reconocimiento en favor del actor una indemnización que satisfaga a él (o a sus herederos, en caso de fallecimiento) por el resultado final o las secuelas definitivas que padece; sino, tan solo, por la mera posibilidad, expectativas u oportunidad de haber podido obtener otro resultado distinto, más favorable o menos perjudicial. Y según la jurisprudencia, será el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad, el factor determinante. Como lo es también, el de la cuantía indemnizatoria concedida, en función de que se hayan acatado los protocolos quirúrgicos o clínicos a efectos moduladores²⁷. Así, se desprende de esta doctrina, que lo que debe ser objeto de reparación es solamente la pérdida de oportunidad, de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis*, se hubiera producido un resultado final distinto o más favorable al paciente²⁸. *Sensu contrario*, cuando queda acreditado que el acto médico o intervención quirúrgica omitida no es contraria a la *lex artis* porque, en cualquier caso, la eventualidad de supervivencia o de mejora del paciente eran idénticas, no resulta procedente la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Resulta ilustrativo a estos efectos, el caso de una paciente fallecida, diagnosticada de «probables metástasis pulmonares». El Comité Regional de Tumores del Servicio murciano de Salud, desestimó en su día la opción de la cirugía. Los recurrentes acuden a la Clínica Universitaria de Navarra, donde fue intervenida quirúrgicamente con éxito; si bien, tras surgir nuevas complicaciones perdió la vida. Sus herederos acuden a los tribunales e invocan la aplicación de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad, alegando que el tratamiento quirúrgico podía realizarse técnicamente, con objeto paliativo, y que logró un aumento de la supervivencia de la paciente con una calidad de vida aceptable tras su aplicación. La STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019²⁹, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada de una indemnización de 22.261,94€ por el importe satisfecho en la Clínica de Navarra, y 50.000€ por daño moral. La Sala, tras valorar la prueba practicada, concluye que la paciente sufría una enfermedad muy grave, en estado terminal, que causó su fallecimiento; sin que en ningún caso se acredite que «la no prescripción de la intervención quirúrgica fuera contraria a la *lex artis* al concluir que, en cualquier caso, las posibilidades de supervivencia eran las mismas».

De lo que se deduce que la exigencia de la probabilidad, sobre la que se pone la nota de la pérdida de oportunidad ha de vincularse, de un lado, a la prueba practicada en el proceso; y de otro, que, sobre esa base, existiera el convencimiento que de haberse adoptado un tratamiento diferente, o con diferentes criterios, el resultado podría haberse disminuido o incluso haberse evitado³⁰. El quantum indemnizatorio, de difícil concreción, se pondera, siendo significativamente inferior al que hubiese correspondido de entrar a valorar el daño final producido. Valoración, a todas luces muy oscilante, según los casos, dado el difícil e inseguro cálculo y otras veces porque el Tribunal se circunscribe al resultado. Por lo que no existe unanimidad jurisprudencial a los efectos de determinar el quantum indemnizatorio. Cuestión problemática es la determinación de cuáles son los parámetros para fijar dicho importe. Los tribunales precisan la indemnización en función del grado de probabilidad, que se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño incierto o eventual. Como señala la doctrina «la probabilidad crece en función de la relación de causalidad física entre el tratamiento médico y la evitación o reducción del daño producido»³¹.

Aborda la cuestión con claridad expositiva la citada STS de 19 de febrero de 2019³², cuando señala que, en sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior, que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias, sino ilusorias. Y sería la *franja central o intermedia*, entre las anteriores, en la que se residencia la doctrina de la pérdida de oportunidad por existir una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo, sí supera el mínimo. De lo que podemos deducir que los márgenes de probabilidad entre los que discurre la pérdida de oportunidad, oscilan entre el 55 por ciento y el 45. Esto es, la determinación de la probabilidad debe servir de guía para el cálculo de la indemnización. Con todo, y como se verá, algunas sentencias consultadas aluden expresamente a porcentajes y, por el contrario, otras lo omiten por completo. Por lo que no se pueden sentar respuestas absolutas. Es precisamente en este extremo donde se altera el margen de seguridad jurídica.

III. OPORTUNIDADES PERDIDAS. FENOMENOLOGÍA Y CASUÍSTICA JUDICIAL

Como analizamos, la doctrina de la pérdida de oportunidad alude, en su fundamento y espíritu, a injustificadas omisiones, tanto en la fase de diagnóstico clínico (errores y/o retraso de diagnóstico) o preoperatorio (especialmente cuando se acredita falta de información y advertencia de riesgos o falta de consentimiento informado); o ya, en la fase quirúrgica, por injustificadas omisiones de medios personales y/o materiales de que se disponga. En todos los supuestos, la pérdida de oportunidad presenta una identidad propia, que no es otra que la incertidumbre sobre si la actuación médico-sanitaria omitida, pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud final del paciente. La pérdida de oportunidad se valora mediante un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido plenamente los riesgos personales, probables o típicos de la intervención³³. Con la consecuente necesidad, para valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, del empleo del grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y su grado, entidad o alcance³⁴. Vayamos a los distintos escenarios en los que se alude a la pérdida de oportunidad.

1. FALTA DE INFORMACIÓN Y/O CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que «toda actuación en el ámbito sanitario requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» (*ex art. 2, apartados segundo y tercero*). En general, el consentimiento informado será verbal. Sin embargo, deberá prestarse por escrito en los casos en que el paciente sea sometido a una intervención quirúrgica mediante procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos. *Sensu contrario*, si no se

trata de un procedimiento invasivo, no es preceptivo recoger el consentimiento por escrito (SAP de Barcelona de 15 de junio de 2018)³⁵.

En estos supuestos, el daño indemnizable por pérdida de oportunidad, resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente, sobre un determinado riesgo (muy bajo) derivado de la intervención y posteriormente producido. De tal suerte, que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; pero no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. En estos casos, la pérdida de oportunidad para el paciente, debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación. Pues en ocasiones, «aunque no haya necesidad vital para llevarla a efecto, sí es clínicamente aconsejable, en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo»³⁶.

Son muchos los supuestos, en los que por falta de información y/o consentimiento informado se trae a colación la doctrina de la pérdida de oportunidad y en los que la indemnización se modula (con cuantías ciertamente dispares) en función de esa concreta pérdida de oportunidad. En estos casos, se aprecia una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente. De conformidad a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño.

La pérdida de oportunidad toma aquí como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas del acto médico; y de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente someterse o no al acto médico-quirúrgico. Pero ciertamente, se trata, en cierto modo, de un daño abstracto, basado en un cálculo de probabilidades que derivan de la privación del poder de decisión del paciente tomada libre y autónomamente con todas las consecuencias y riesgos posibles. Teniendo en cuenta que en actos o tratamientos médico-quirúrgicos que supongan un riesgo o que tengan consecuencias negativas para la salud del paciente, la exigencia de la constancia escrita de la información, tiene, por lo general, un mero valor «*ad probationem*».

Veamos algunos supuestos en los que se aplica:

— Pérdida de oportunidad derivada de la *falta de advertencia de los riesgos* derivados de la operación realizada, en la medida en que la paciente pudo haber optado por otras alternativas distintas a la cirugía abierta practicada. La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007 aborda el problema jurídico planteado respecto a la insuficiencia renal de una señora (madre de la recurrente), que le ocasiona su posterior fallecimiento, y que se relaciona, con la práctica del TAC que se llevó a cabo sin el debido consentimiento informado. La Sala argumenta que dicha intervención, aunque se admita que su realización no supuso una mala praxis, conllevó para el recurrente que perdiese una oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso, no ser operado.

«(...) la creación de una situación de grave riesgo, es indemnizable, al constituir en sí misma, con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba y el resultado de muerte (...) «El deber de indemnizar ha

de alcanzar a la *pérdida de oportunidad derivada de la falta de advertencia de los riesgos*, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de la edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en concepto de indemnización 9.000€»³⁷.

— Falta de información a un paciente tetrapléjico a consecuencia de un accidente previo y al que se le somete a una operación que le provoca un serio empeoramiento en su estado. La STS (Sala Primera) de 8 de abril de 2016³⁸ se pronuncia en este caso de falta de consentimiento informado. Consta probado que no se informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos, ni de las posibilidades alternativas. La Sala alude nuevamente a la *franja intermedia de incertidumbre causal* en la que entra en juego la pérdida de oportunidad.

En primera instancia se fija la indemnización en 60.101,21€ y en apelación se confirma el mismo importe, que también asume el Tribunal Supremo. Sostiene el Tribunal Supremo la relación de causalidad entre la omisión de la información al paciente y la posibilidad que tenía este de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. Asimismo señala que «si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, se le privó de esa oportunidad. Nos encontramos en *esa franja intermedia de incertidumbre causal* que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir»³⁹. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la indemnización en 60.101,21€ para cuyo cálculo se había aplicado el baremo de accidentes de vehículos a motor por analogía y un factor de corrección del 50 por ciento a la cuantía resultante.

En suma, en este supuesto se reduce, proporcionalmente, a la mitad la indemnización que correspondería a la totalidad del daño valorado en los casos en los que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida de oportunidad del paciente. Esta sentencia cita a su vez la STS (Sala de lo Civil) número 948/2011, de 16 de enero, en la que se argumenta que debe distinguirse para fijar la indemnización, si estamos ante un supuesto de mala praxis médica probada o si simplemente nos hallamos con que no se ha informado debidamente al paciente de los riesgos o consecuencias inherentes y posibles, derivados de la intervención o tratamiento. Sentencia que ya adoptó la solución de aplicar el baremo de accidentes de circulación por analogía y aplicar un factor de corrección del 50 por ciento a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del daño valorado, en aquellos casos en que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida o privación de oportunidad al paciente.

— En otras ocasiones, se alega la pérdida de oportunidad porque se cuestiona que el consentimiento informado se plasma en un *documento tipo o genérico*, sin mencionar expresamente la intervención o acto médico a practicar, ni los riesgos específicos que pueden derivarse; o incluso, a veces el documento aparece sin firmar.

a) Así ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS (Sala Primera) de 16 de enero de 2012⁴⁰.

En este caso, el paciente de 48 años, acudió a la clínica aquejado de dolor cervical. Tras practicársele un tratamiento conservador que no surte efecto, se aconseja la cirugía. En 2005, fue intervenido de disectomía cervical, tras la que

quedó afectado de tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión y falta de control voluntario sobre esfínter rectal. Consta probado que el documento de consentimiento informado que se proporcionó al paciente, no mencionaba, ni el diagnóstico médico, ni el tipo de intervención que se iba a practicar, ni los riesgos específicos que de ella podían derivarse. Además, quedó sin firmar. Para el cálculo de la indemnización la Sala pondera las circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente-médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron. La nueva situación le hace dependiente para la sedestación, le obliga a tenerse que desplazar en una silla de ruedas y necesita ayuda para las actividades de la vida diaria. (FD 3.º). Considerando las circunstancias en que ha quedado el paciente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados y reduce la cuantía indemnizatoria de 509.954,99€ fijados por la Audiencia, a 254.977,45€. Es decir, un 50 por ciento de lo que hubiera correspondido por una *mala praxis* médica acreditada, tomando como referencia la sentencia de la Audiencia, mediante la aplicación del baremo de accidentes de circulación.

b) También se cuestiona y se trae a colación la pérdida de oportunidad, cuando el consentimiento informado suscrito, fue un documento tipo genérico. Es el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Sec. 19.ª) de 23 de noviembre del 2018⁴¹. El demandante (paciente) alega que firmó un documento tipo genérico sobre los riesgos para la intervención de cataratas, que derivó en la pérdida de visión del ojo izquierdo. En este caso, la Audiencia confirma la sentencia dictada por el JPI núm. 47 de Barcelona que había desestimado la demanda en reclamación de 318.761,17€. La Sala concluye de la prueba practicada, que el consentimiento informado existía y además fue firmado por el paciente. Por tanto, no fue insuficiente. En él se informaba sobre los riesgos genéricos y particulares de la intervención de cataratas, entre ellos el que sucedió; una infección, que derivó en la pérdida de visión del ojo izquierdo. A la vez recuerda que «la ausencia o insuficiencia del consentimiento informado no determina la responsabilidad patrimonial del profesional sanitario de forma automática».

Frente a tales polémicas y problemas debatidos, lo cierto es que, la ausencia o la defectuosa prestación del consentimiento informado o de la información que se suministra al paciente, implican una vulneración de la *lex artis* de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Esta *mala praxis*, priva al paciente de la posibilidad de tomar libremente una decisión basada en su autonomía y dignidad personal, permitiéndole optar, en su caso, por otras alternativas. Se le priva así, de la oportunidad de que, el resultado hubiese sido menos favorable o menos perjudicial; ahora bien, si la información omitida o suministrada no conlleva un posible riesgo colateral, resulta intrascendente. Teniendo en cuenta que, aunque el consentimiento informado, no exige que se haga una información minuciosa y precisa de todas y cada una de las consecuencias que pueda derivarse del acto quirúrgico, sí debe incluir los riesgos ordinarios y relevantes, bien por ser típicos o que por su gravedad puedan producirse.

Como se ha expuesto, los casos más comunes en los que se trae a colación la pérdida de oportunidad, son aquellos, en los que ha habido ausencia de consentimiento informado o ha sido defectuosa la información. Ahora bien, desde

otra perspectiva, cabe citar un supuesto en que se infringe un deber genérico de información en una *campaña de vacunación*, que provocó la pérdida de oportunidad a una niña de protegerse contra la enfermedad (meningitis C). Finalmente, contrajo la enfermedad quedándole graves secuelas y una invalidez del 86 por ciento. Este caso, resuelto por la STS de 25 de junio de 2010⁴², se condena a la Consejería de Sanidad de Castilla-La Mancha a indemnizar, en concepto de responsabilidad patrimonial, por la «dejación de funciones», consistente en falta de información y actividad preventiva en relación con la campaña de vacunación contra la meningitis C llevada a cabo en el año 2000.

La actora, a pesar de haber sido vacunada en el año 1997, cuando contaba con 10 años de edad, contrae la enfermedad en el año 2003 y le fueron amputados ambos pies. La campaña de vacunación realizada por la Administración sanitaria en el año 2000 con una nueva vacuna, más eficaz que la administrada en el año 1997, se dirigió a los niños menores de 6 años, quedando la franja de edad de niños entre 6 y 19 años sin la información sobre la mayor efectividad de la nueva vacuna. El Tribunal considera que la Administración Sanitaria incurrió en una dejación de funciones en el campo epidemiológico y actividad preventiva, que provocó la pérdida de oportunidad de revacunar a los menores excluidos de la campaña. Esta pérdida de oportunidad, le produjo a la actora lesiones, secuelas y una invalidez del 86 por ciento.

En este caso, a nuestro juicio, resulta evidente que la probabilidad de que otra conducta evitase el daño era muy elevada. La Sala estima una indemnización de 800.000€ para reparar el daño físico, moral y económico experimentado por la reclamante. Al entender, por un lado, que «(...) aunque la incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias», y por otro, que «[es] en la falta de información donde radica la dejación de funciones de la Administración ... [sin tener el administrado] el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad» (FJ 5.^o).

2. ERRORES O RETRASO DE DIAGNÓSTICO Y «DECISIONES» EQUIVOCADAS

En estos supuestos, también ha sido abundante la jurisprudencia que trae a colación la pérdida de oportunidad. No ya por el resultado o daño final, sino por la privación de la posibilidad de que con un diagnóstico o tratamiento adecuado y/o precoz (acorde al buen quehacer profesional) se hubiese permitido al paciente un tratamiento que llevase a la curación o a un período de mayor supervivencia; o a un resultado final menos perjudicial. Si bien, en algunos supuestos, la cuantía indemnizatoria es dispar, como dispar es el cálculo probabilístico y en cierto modo, algunas decisiones judiciales acaban apreciando las circunstancias personales y/o al resultado final que ha implicado para el paciente:

— La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de julio de 2008⁴³, resuelve el conflicto jurídico planteado respecto a un caso de evidente e indebida demora en la respuesta médica. Los hechos objeto de enjuiciamiento derivan de un accidente de descompresión padecido por un buceador, al que no se le trasladó (pudiendo hacerlo)⁴⁴ al Centro hospitalario más cercano, que disponía

de cámara hiperbárica. El buceador sufrió graves secuelas: parálisis y postración en silla de ruedas.

La sentencia declara que «no pueden de ninguna manera estimarse márgenes de probabilidad en función de la demora producida en la aplicación del tratamiento (...)». Pero de la pericial resulta que, en estos casos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantiza al 100 por cien el restablecimiento de los accidentados disbáricos, y que un 28,5 por cien de los tratados en las seis primeras horas presentan lesiones permanentes. Si bien, como sostiene la Sala «en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por cien de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente». *No debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan solo por la mera posibilidad de que, de no haber sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno.*

Hay que considerar que la Sala fija como indemnización la cantidad de 90.000€ «en atención a la edad del actor, su profesión y la índole de las secuelas derivadas de esa pérdida de oportunidad». No cabe duda, de que en este caso el Tribunal aprecia como determinante el resultado final del paciente.

— En cuanto a un caso de *error de diagnóstico* (equivocación en la interpretación de los análisis de sangre) que provoca el fallecimiento de un paciente. Se trata de un señor a quien se le había colocado un año atrás una válvula cardiaca y cuyas posibilidades de curación, de haber sido tratado correctamente, hubieran sido superiores al 50 por cien según informe pericial. La pérdida de oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia se traduce en una indemnización en 28.000€⁴⁵. En este caso, los porcentajes son bien distintos.

— En otros casos el problema debatido es el *lapso temporal* en el diagnóstico. La STS (Sala de lo contencioso administrativo), de 2 de enero de 2012, aprecia pérdida de oportunidad y consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración por la tardanza en el diagnóstico renal (equivocado) a un paciente y que no contrastado al no mejorar su estado, tuvo como resultado final el fallecimiento por un carcinoma epidermoide.

La Sala sostiene, a la vista de los informes, que el retraso en la práctica del «estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral». Más aún, una vez acreditada «la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm», unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes y con antecedentes familiares de neoplasia pulmonar. La Sala afirma que la privación de expectativas no puede reputarse total, pues existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, y no se hizo. La pérdida de oportunidad se cuantifica en la cantidad global de 50.000€⁴⁶.

— *Diagnóstico tardío* de cáncer de una mujer de 50 años finalmente fallecida⁴⁷. La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 3 de diciembre de 2012⁴⁸, estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina, con la finalidad de disipar dudas sobre cómo realizar el cálculo de la pérdida de oportunidad, a la vista de criterios jurisprudenciales dispersos y discordantes. Se pronuncia sobre la indebida aplicación automática del baremo (entonces vigente) de accidentes de circulación. Por su claridad expositiva se transcribe un extracto del Fundamento Jurídico 4.º:

Argumenta la Sala que el Tribunal de instancia realiza para la valoración del daño una indebida aplicación automática de los criterios de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011 porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Ese cálculo no debe partir del importe total del daño final producido (en este caso el fallecimiento) con arreglo al baremo. Pues pese a reconocerse que un diagnóstico oportuno de la enfermedad, solo habría ofrecido algunas posibilidades de curación, estimadas en el 25% de los pacientes que la padecían. Sin embargo, ello no determina que deba reducirse en un 75% la cantidad fijada en la instancia. «[L]os baremos (...) no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (...) En el caso, la suma de 108.846,51€ que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08€ a la hija, no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes (...) esta Sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000 y 600.000€.

En consecuencia, la Sala estima reducir el *quántum* indemnizatorio, en atención al *reducido grado de probabilidad* de haberse evitado el resultado fatal producido, si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad. Se fija la suma de 126.987,59€, igual a la reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de «*reformatio in peius*» (FD 4.^o).

— *Diagnóstico no acorde a la sintomatología y retraso* en la intervención con resultado final de gran invalidez de paciente interno en un Centro penitenciario. La STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018⁴⁹, aprecia la pérdida de oportunidad, con una *alta probabilidad* de que el resultado final no se hubiese producido. Pérdida de oportunidad que se concreta en el hecho de que el resultado hubiese sido otro (menos perjudicial) de haber remitido al paciente a un Centro hospitalario donde pudieran haberle detectado antes el empiema ya manifestado con síntomas evidentes y se hubiese procedido con mayor prontitud a realizarla la intervención que fue necesario practicar. La Sala, sin fijar porcentajes, aprecia una *alta probabilidad* de que «otro» diagnóstico, otra decisión y otra asistencia sanitaria podría haber evitado, previsiblemente, el resultado lesivo; o, cuando menos, su extremo resultado (gran invalidez). Y esa alta probabilidad sirve de guía a la Sala para determinar la indemnización, pero a la que unen las circunstancias particulares del paciente.

«Es decir, en una situación de gran invalidez, sin posibilidad de atender sus necesidades más elementales sin ayuda de tercera persona; pero con la peculiaridad que tan solo tiene como ayuda la que pudiera facilitarle su madre, ya de edad avanzada, que es prácticamente nula; y todo ello contando con la edad del recurrente de poco más de cincuenta años». Así, tomando en consideración dichas circunstancias, la privación de esa pérdida de oportunidad se traduce en una indemnización que prudencialmente se fija en 500.000€, más los intereses desde la interposición de la demanda.

— Error médico y consiguiente pérdida de oportunidad por la no realización de un estudio de neuroimagen previo a la paciente antes de ser dada de alta, ante la aparición y persistencia de las cefaleas posparto. La STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de octubre de 2019⁵⁰, aprecia que con ello se privó a la actora de un diagnóstico adecuado que hubiera podido evitar el accidente cerebrovascular sufrido o, al menos, minorar los daños y graves secuelas que padece. En este caso, el recurso interpuesto, pretende un

incremento de la indemnización concedida en sede administrativa (67.171,59€); y ello, según refiere la demanda, al haber quedado debidamente acreditado el error médico. La Sala desestima el recurso interpuesto al considerar, a la vista de los informes médicos, que si bien la cefalea inicialmente sufrida no fuera centinela de la posterior hemorragia cerebral, se concluye que aun en el caso de haberse realizado estudios de neuroimagen más anticipadamente, difícilmente se hubiera podido hacer algo para evitar o minimizar los daños padecidos por la actora concretándose, la infracción de la *lex artis*, en el hecho de haber sido dada de alta sin valorar la cefalea y ratificándose la pérdida de oportunidad.

3. ERROR O RETRASO DE DIAGNÓSTICO PRENATAL

Son también significativas las reclamaciones por pérdida de oportunidad, efectuadas en los supuestos que la jurisprudencia norteamericana conoce como *Wrongful Birth* (nacimiento injusto) y *Wrongful life* (vida injusta). Los padres demandantes ejercitan la acción de responsabilidad en nombre propio (*wrongful birth*) y en el de su hijo (*wrongful life*). En el primer caso, alegan pérdida de oportunidad, por no haberse detectado o no haber sido informados, pertinentemente, sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con determinadas malformaciones; o con algún Síndrome (por ejemplo, Síndrome de Down). Considerando que, en estos casos, se les ha privado de la oportunidad o posibilidad de interrumpir el embarazo en los plazos legales previstos en la Ley. Y respecto a la pretensión resarcitoria que ejercitan los padres en nombre del niño, el daño referido, no es otro que el propio hecho de su vida. Repárese en que en ambas acciones está asociado el daño reclamado con el hecho de la vida, por lo que existen múltiples argumentos de rechazo o de aceptación⁵¹.

De configuración distinta son los supuestos de *wrongful conception* (anticoncepción fallida). El ejercicio de acciones de *wrongful conception*, pretenden el resarcimiento por el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado. Lo que puede frustrar la decisión libre sobre la elección del número de miembros en la familia y el propio proyecto de vida. Con lo que la reclamación estaría dirigida a los gastos de manutención (alimentos) del hijo no deseado. La SAP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2014⁵² señala la indemnización de un total de 163.205€ al médico demandado por no haber informado a los padres sobre el posible fracaso de la operación de vasectomía a la que se sometió el marido. Fracaso que se materializó con el embarazo y nacimiento de un hijo. Como argumenta la Sala, el perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas de la familia, ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación. Con todo, la propia sentencia reconoce la «dificultad de cuantificar los perjuicios derivados del nacimiento de un hijo por anticoncepción fallida, por no ser tarea fácil, ni permite una solución exacta e incuestionable»⁵³. Nótese que la Resolución niega que el nacimiento pueda considerarse como un daño. Dado que, en virtud del artículo 15 de la Constitución, toda vida humana es digna de ser vivida, si bien reconoce, daño moral al haberse lesionado el poder de autodeterminarse lo que, a su vez, podría constituir un menoscabo de la dignidad como valor jurídicamente protegido⁵⁴.

Centrándonos en los supuestos referidos de *wrongful birth* y *wrongful life*, es comúnmente admitido en la doctrina⁵⁵ que, en estos casos, la controversia de la relación de causalidad se incluye en los «cursos causales no verificables»: el médico demandado puede alegar, si había certeza de que la madre hubiera abortado

de haber sabido la enfermedad congénita del feto. De nuevo, el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico, pues la decisión de la madre (abortar o no) es una hipótesis, no una certeza. Y la ausencia de esta acreditación probatoria «diabólica» implicaría que el médico sostuviera que la relación de causalidad entre su conducta negligente y el resultado (nacimiento de un niño con malformaciones o con determinados síndromes) esté quebrada o a, cuando menos, mediatizada por una *supuesta o hipotética* decisión de la madre.

Así las cosas, ciertamente, el daño evaluable es difícil e inseguro y se centra, fundamentalmente, en el daño moral que para los progenitores representa la pérdida de la oportunidad de decidir si continuar o no con el embarazo. Pero progresivamente observamos cómo la jurisprudencia reconoce e incluye, de forma adicional, perjuicios patrimoniales. Esto es, los gastos excepcionales precisados por un niño o niña con una malformación o con una discapacidad grave; con lo que, en cierto modo, no dejan de atender al resultado. Al respecto, concurre una consolidada línea jurisprudencial, en virtud de la cual puede extraerse que no es solo indemnizable el daño moral (privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo), sino también el mayor coste o el incremento de la crianza de un hijo con malformaciones, patologías graves o alguna discapacidad. Inexcusablemente y tratándose de estos casos, se aprecia en esta evolución jurisprudencial que ambos —daño moral y daño patrimonial— deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (*ex art. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público (antiguo art. 141.1 de la Ley 30/1992)*). Si bien, como tendremos oportunidad de constatar, tampoco existe seguridad jurídica al respecto, pues ante supuestos similares, el *quántum* indemnizatorio es bien distinto. A continuación citamos supuestos, referidos a *malformaciones congénitas*, y nacimiento de niños con Síndrome de Down; en ambos casos, por errores de diagnóstico prenatal y falta de información.

a) *Malformaciones congénitas*

— Error de diagnóstico prenatal al no detectarse que el feto presentaba una malformación consistente en agenesia de la mano izquierda (SAP de Madrid, de 28 de julio de 2008)⁵⁶. En este caso, el resultado de la ecografía aportada en autos, verifica que no solo no se advirtió la agenesia, sino que expresamente se hizo constar que se visualizó la mano izquierda (una mano inexistente). La agenesia de mano tampoco se detectó en los posteriores controles ecográficos practicados.

Así el Tribunal entiende que el facultativo no agotó la diligencia necesaria por cuanto afirmó que el feto tenía ambas manos, y no siendo así, *a los padres se les privó del derecho de optar, o lo que es lo mismo, se les privó de la facultad de decidir si querían traer al mundo una hija con tal deficiencia*. «El hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal, solo tiene un sentido lógico, que es el de poder decidir en su vista esa interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos».

El Tribunal estima debidamente acreditada la relación de causalidad entre el actuar del profesional sanitario y de la propia aseguradora que prestaba sus servicios sanitarios a los demandantes y el daño sufrido por estos, consistente

en la pérdida de oportunidad de los actores para decidir. La valoración del daño se estima en 9000€.

— La STS (Sala de lo civil) de 15 de septiembre de 2015⁵⁷, aun sin mencionar expresamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, se pronuncia también en un caso de nacimiento de un niño con malformaciones genéticas. Los padres, alegan infracción de la *lex artis*, en lo que respecta al diagnóstico gestacional, en relación con las ecografías practicadas y consiguiente privación de la opción de interrumpir el embarazo. El niño nació con graves defectos congénitos: síndrome de Moebius, con carencia de ambas manos, pies zambos, micrognatia, microglosia, siringomielia y síndrome de Wolf-Parkinson-White, con gastrostomía y traqueostomía. Los padres reclaman 1.200.000€. Merece la pena reproducir la secuencia de los hechos en sede judicial:

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid, dictó sentencia (2012) y condena a la demandada a abonar 500.000€. Al considerar que hubo error en el diagnóstico prenatal, «excluyendo que el daño sea el nacimiento del hijo o la enfermedad congénita». El daño se concreta en los sufrimientos y padecimientos psíquicos que ocasiona a los padres el nacimiento y ulterior crecimiento del hijo con malformaciones congénitas y, por otro, los perjuicios económicos que derivan del nacimiento del hijo con esas limitaciones y malformaciones. Recurrida en apelación, la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2013, elevó la indemnización a 1.200.000€. Argumenta la Sala que ante la dificultad de acertar en la determinación de la cuantía y acudiendo a la empatía, la sentencia de Instancia puede ser completada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos. A tal efecto, tiene en cuenta «el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida», aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres. La Agrupación Mutua Aseguradora (AMA), formuló recurso de casación en seis motivos, de los cuales únicamente fue admitido el segundo, por incorrecta aplicación de la doctrina de la imputación objetiva respecto a los daños sufridos por el hijo, citando como infringidos los artículos 1106 y 1902 del Código Civil.

En este caso se aprecia con meridiana claridad, la dificultad que supone cuantificar el daño, considerando incluidas las circunstancias particulares y el propio dolor del hijo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma el fallo de la sentencia recurrida condenando al abono de 1.200.000€.

— Curiosamente, en su caso similar de agenésia que padece una niña al nacer (falta del antebrazo y mano izquierdos), la STS (Sala de lo civil) de 6 de marzo de 2018⁵⁸, desestima la pretensión ejercitada, en la que se imputa a los facultativos un *error de diagnóstico* que impidió a los progenitores adoptar la decisión de abortar dentro del plazo legal. En este punto adviértase, como pone de relieve la doctrina que «la ciencia médica tiene sus límites y por ello es posible que un profesional, actuando de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, no pueda emitir un diagnóstico que se corresponda con la situación real del paciente»⁵⁹. En el caso de autos, el primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1902 y 1903, párrafos 1.º y 4.º del Código civil porque no se suministró información a la gestante, ni antes, ni después de la realización de las ecografías; facilitándose una información equivocada basada en un diagnóstico erróneo. A los padres, se les dijo y así consta que, «explorando las extremidades del feto, no se observan alteraciones visibles y no se observan alteraciones estructurales»; lo que sustenta la reclamación atendiendo a una evidente infracción de la *lex*

artis y de la obligación de información. La Sala no lo considera así y desestima el recurso considerando que:

«(...) en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de las pruebas exigibles, en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad». Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda.

A nuestro juicio, si comparamos los dos pronunciamientos anteriores, pasamos del «todo» (1.200.000€) que incluye daños morales para los padres y patrimoniales para el niño [STS (Sala de lo civil) de 15 de septiembre de 2015)]; y al «nada» en la STS (Sala de lo civil) de 6 de marzo de 2018. Tal vez, el resultado hubiese sido distinto si el planteamiento de la demanda, se hubiese formulado por responsabilidad patrimonial de la Administración (falta de servicio). En suma, para la pérdida de oportunidad no es indispensable, aunque puede concurrir, la vulneración de la *lex artis*.

b) *Síndrome de Down*

De nuevo, en los casos de nacimiento de niños con *Síndrome de Down* el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico. Desconocemos si en el caso concreto se hubiera optado o no por interrumpir el embarazo; si bien, ciertamente, se priva a los padres de esa oportunidad. Pero esta difícil tesitura está impregnada de una alta dosis de moralidad. Y es que, un niño aquejado de este Síndrome, no tiene impedimentos funcionales graves que impliquen sufrimiento o le impidan su normal desenvolvimiento y su felicidad⁶⁰. Con todo, por lo que ahora interesa, ante la falta de información, diagnóstico erróneo prenatal o su ausencia, se trae a colación la pérdida de oportunidad. Nótese que el protocolo SEGO (2010) establece que «todas las gestantes tienen derecho a una información objetiva y clara sobre el riesgo de trisomía 21, y sobre las posibilidades actuales de las técnicas de diagnóstico prenatal. La información sobre las técnicas actuales de diagnóstico prenatal debe incluir sus indicaciones, sus riesgos específicos, así como sus posibles alternativas y debe realizarse en la primera visita de la gestación. Sería recomendable proporcionar esta información por escrito.

— Falta de información sobre las posibilidades de diagnóstico en el embarazo, que dada la edad de la paciente (43 años) se califica de alto riesgo y que se omitió a la embarazada, a pesar de haberlo puesto ella de relieve en la primera visita realizada. El resultado fue el nacimiento de una niña con Síndrome de Down y una grave dolencia cardíaca. La STS, de 23 de noviembre de 2007⁶¹ estima que el daño ocasionado por esa falta de información afecta exclusivamente a los padres, a los que se le ha ocasionado un *daño moral* al verse privados de la información necesaria en el sentido de permitir la decisión sobre el sometimiento

a determinadas pruebas para el diagnóstico prenatal y optar a la solución más adecuada a sus intereses.

Este caso que, como se verá, difiere de otros, y la difícil cuantificación del daño moral se estima en 30.050€ para cada progenitor y se descarta que se haya producido un daño a la menor. La Sala dice que «no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo».

— Error de diagnóstico y nacimiento de una niña con Síndrome de Down. En este caso se valora indebidamente el resultado de una prueba cinética que tenía como fin la determinación de anomalías. En concreto, se trata de un error de analítica por contaminación de células, que es más difícil detectar en el caso de que el feto sea del sexo femenino e impide distinguir entre las células de la madre y las del feto. Así ocurrió en el caso que resuelve la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 24 de octubre de 2011⁶². La sentencia rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el recurrente contra la Administración del Estado y Muface, pero admite la responsabilidad de la entidad Adeslas y del Hospital por la actuación médica. Señala que «esta pérdida de la oportunidad de elegir no solo se produce cuando la prueba destinada a detectar esta anomalía genética no se realizó, debiendo hacerlo, sino también cuando pese a su práctica no se detectó la anomalía existente por una mala praxis médica. En este caso, la Sala señala que no pueden considerarse susceptibles de indemnización los hipotéticos daños y gastos que en el futuro puedan producirse, ni los trastornos diarios que supone para los padres la mayor dedicación a su hija o su inscripción en actividades extraescolares voluntarias de carácter lúdico o musical o en la fundación del síndrome de Down, pues tales conceptos no pueden considerarse relacionados con la pérdida de la oportunidad de elegir ni comprendidos como gastos extraordinarios.

La Sala reconoce que «un hijo con este síndrome conlleva una preocupación añadida y un daño moral en donde es posible incluir, no solo la pérdida de oportunidad de elegir, sino también la continua preocupación por el presente y la incertidumbre del futuro. Por lo que considera razonable fijar la indemnización en 150.000€ para ambos cónyuges, frente a la suma de 1.803.036,030€ reclamados, tanto por los daños morales que les ha supuesto la privación del derecho a poder decidir y las mayores cargas familiares, sociales y económicas.

— En otros casos el problema debatido es la falta de información y pérdida de oportunidad, con sustento en la denegación de la prueba de la amniocentesis. Se alega por los padres que no pudieron ejercitar su derecho a decidir libremente, si optaban por la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso, nace el niño con un diagnóstico de Síndrome de Down e Hirschprung. La STSJ de Castilla y León (Sala de lo contencioso administrativo) de 21 de julio de 2017⁶³, estima, parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por la paciente y su marido, contra la administración sanitaria autonómica y su aseguradora y estima la pérdida de oportunidad. La Sala concluye que, en el presente caso, la prueba de la amniocentesis estaba cuanto menos recomendada por encontrarse la gestante muy próxima a la edad de 35 años, que usualmente se ofrecía conforme al Protocolo de 2010.

La parte demandada alegó que el seguimiento del embarazo fue conforme con la *lex artis*, ajustándose los profesionales médicos a los protocolos de la SEGO, remitiéndose a los informes de la Inspección médica y de los facultativos intervinientes sobre la no existencia de indicación de la prueba de la amniocentesis y sobre que no constaba en la historia la solicitud de la prueba de amniocentesis por la reclamante ni su denegación por los facultativos. Sobre si la gestante so-

licitó la prueba, siéndole denegada, o si, al menos, el Servicio le informó sobre la misma y le ofreció su práctica, la Sala señala que, incluso si llegáramos a la conclusión de que la prueba de la amniocentesis no estaba en este caso indicada/recomendada según protocolo, aun así, la demanda de responsabilidad patrimonial por vulneración del derecho a la libre autodeterminación por ausencia de una información adecuada habría de correr suerte igualmente estimatoria. Más aún, cuando no consta que tras la práctica del cribado del segundo trimestre se le informara de su derecho a practicarse la prueba tras la aparición de un marcador ecográfico fetal de cromosomopatía que, aunque aislado, sigue siendo un signo de alarma.

La Sala fija la indemnización en la cantidad de 80.000€ para los padres y al menor una pensión mensual vitalicia de 1.100€ (actualizable anualmente con arreglo al IPC).

IV. CONCLUSIONES

I. La doctrina de la pérdida de oportunidad no constituye una alternativa a la apreciación de la vulneración de la *lex artis*, aunque puede concurrir con ella. Se trata de una técnica que permite ofrecer una respuesta indemnizatoria en aquellos casos en que tal quiebra no se ha producido, pero existe un daño antijurídico e incertidumbre en la relación de causalidad. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material (final) correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre entorno a la secuencia que hubieran adoptado los hechos con una actuación distinta. Se trata de un daño cierto e indemnizable, que pudiera asemejarse al daño moral, pero en pureza, no lo es. Daño de muy difícil e incierta concreción, pues se trata de una posibilidad perdida o expectativa frustrada, de vida o de curación o de mejora en el estado de salud del paciente. En realidad estamos ante una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo.

II. Para valorar económicamente el daño por pérdida de oportunidad, concurre el cálculo probabilístico, con una evidente reducción porcentual de la indemnización, dependiendo de la probabilidad de que el daño se hubiera producido (igualmente o no) de haberse actuado más diligentemente. Con todo, la probabilidad de obtener esa ventaja o evitar un perjuicio, no puede ser general, vaga o meramente especulativa; ha de ser real, seria y altamente considerable, si bien no alcanza el 100 por cien del daño final acaecido, en el que existiría plena certeza. Con el obstáculo añadido, de que se carece de parámetros objetivos para su cálculo. Los márgenes de probabilidad para apreciar pérdida de oportunidad suelen oscilar entre el 55 y el 45 por ciento, aunque no siempre. Precisamente, las sentencias que de forma expresa aluden a porcentajes, tampoco permiten sentar respuestas absolutas. En los supuestos analizados en los que se trae a colación, la pérdida de oportunidad, en unos casos se aplica el baremo de accidentes de tráfico, que, si bien, no tiene carácter vinculante, sí resulta orientativo. Y en otros, se reconoce una cantidad global, que pondera todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en dicha suma total, el conjunto de perjuicios; por lo que, en ocasiones, considerando tales circunstancias concretas, se concluye fijándose en el resultado. Y es precisamente, en este punto, donde se altera, el margen de seguridad jurídica con pronunciamientos dispares ante supuestos similares.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala de lo Civil) de 14 de septiembre de 1998
- STS de 26 de julio de 2000
- STS de 21 de octubre de 2005
- STS de 23 de mayo de 2006
- STS de 18 de diciembre de 2006
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de noviembre de 2008
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de junio de 2010
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 2007
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de noviembre de 2007
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 2007
- STS (Sala de lo Contenciosos-administrativo) de 7 de julio de 2008
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de octubre de 2011
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de enero de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de enero de 2012
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de mayo de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 2012
- STS (Sala de lo Contencioso administrativo) de 3 de diciembre de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de enero de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de septiembre de 2015
- STS de 25 de mayo de 2016
- STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018
- STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 2018
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de febrero de 2019
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de octubre de 2003
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 24 de octubre de 2011
- STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 2007
- STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2008
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de julio de 2017
- STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de 28 de abril de 2009
- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de octubre de 2006
- STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019.
- STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso) de 30 de octubre de 2019
- SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2014
- SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 23 de noviembre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PONCE, A. (2011). Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010). *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 184, 509-514.

- ALONSO PÉREZ, M. (2000). La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Ed. Dykinson, Madrid.
- ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1985.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2008), Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 31. Parte Estudios.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2006). La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 38, Sección Estudios, mayo (LA LEY 964/2006).
- GALLARDO CASTILLO, M.^a J. (2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 35-65.
- LUNA YERGA, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 1-14.
- LLAMAS POMBO, E. (2010). Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. — (2011). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 218 y sigs.
- MACÍA MORILLO, A., (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN CASALS, M. (2011). La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia.
- MEDINA ALCOZ, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Civitas, Cizur Menor.
- NAVARRO SIMÓN, E.M.^a (2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 313-327.
- PAÑOS PÉREZ, A. (2014). Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, La Ley 7189, 1-20.
- PÉREZ VALLEJO, A.M.^a (2012). Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, noviembre-diciembre, 14-31.
- RUBIO TORRANO, E. (2012). Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 53-59.
- SALVADOR CODERCH, P. (2002). Causalidad y responsabilidad. 2.^a ed. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 94, 1-25.
- TAPIA HERMIDA, A.J. (2019). La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Núm. 71, 31-50.
- XIOL RIOS, J.A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 9-38.

NOTAS

¹ Vid. ALONSO PÉREZ, M., La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Ed. Dickinson, Madrid, 2000, 37. Sobre el concepto, evolución y alcance de la *lex artis* véanse 33 y sigs.

² Vid. entre otras, la STS de 26 de julio de 2000 (LA LEY 11909/2000).

³ La *lex artis ad hoc* comporta que la actuación del facultativo debe ajustarse «no solo al cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis; sino a la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias». Vid. SSTS de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3535) y 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172).

⁴ Los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son: el daño o lesión patrimonial, su antijuridicidad, su imputación a la Administración como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, y la relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

⁵ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. Roj STS 352/2018.

⁶ Vid. entre otras, la STS de 26 de julio de 2000 (LA LEY 11909/2000).

⁷ Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 24 mayo de 2012 (JUR 2012, 186124)

⁸ Vid. LLAMAS POMBO, E. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. *Ob. cit.* 924 y 925. Y del mismo autor *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 218 y sigs. (LA LEY 13903/2011).

⁹ Vid. entre otras las SSTS (Sala de lo Civil) de 14 de septiembre de 1998 (LA LEY 8492/1998), de 25 de abril de 2007 (Sala de lo contencioso-Administrativo) (RJ 2007, 3532) y de 2 de noviembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 2008, 463). Y la más reciente STS de 6 de febrero de 2018 Roj: STS 352/2018.

¹⁰ PÉREZ VALLEJO, A.M.^a (2012): Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, (noviembre-diciembre 2012. 14-31

¹¹ La conocida regla *res ipsa loquitur*, («las cosas hablan por sí mismas») ha sido profundamente estudiada por la doctrina angloamericana, bajo el principio de la *circumstantial evidence*. Responde a la regla o prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis* (aparición de la prueba) de la doctrina alemana, a la prueba de presunciones de la jurisprudencia italiana y a la regla de la *faute virtuelle* de la doctrina francesa (culpa virtual). La *Cour de Cassation* francesa aplicó por primera vez esta teoría en un supuesto enjuiciado en el año 1960 en materia de responsabilidad médica, por los daños que sufrió un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X. Desde el año 1996 fue acogida por nuestro Tribunal Supremo.

¹² STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547).

¹³ «(...) Ante el daño desproporcionado se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume»; y en este caso, «no se ha producido por parte del demandado una explicación que excluya la apreciación de negligencia por falta de atención durante el postoperatorio» (FJ 2.º). STS, (Sala de lo civil), 417/2007, de 16 de abril, Vicente Luis MONTES PENADÉS.

¹⁴ Vid. LUNA YERGA, A., (2005) Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, año 2005, 3.

¹⁵ SALVADOR CODERCH, P. (2002) Causalidad y responsabilidad. 2.ª ed. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 94, 13.

¹⁶ En cambio, sí aparece en el artículo 3:106 PETL (Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil), bajo el epígrafe «Causas inciertas de la víctima» donde se señala que la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una inactividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera (causas inciertas en la esfera de la víctima).

¹⁷ Entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.31/2008. Parte Estudios. (BIB 2008/579). XIOL RÍOS, Juan Antonio: El daño moral y la pérdida de oportunidad, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, 11. MARTIN CASALS, M., La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011, 42. GALLARDO CASTILLO, M.^a J., Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 (2015), 38.

¹⁸ STS de 13 de enero de 2015 (Rec. Núm. 612/2013).

¹⁹ Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 24 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 186124).

²⁰ RUBIO TORRANO, E., Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012). *Revista Aranzadi Civil Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, 55.

²¹ STS (Sala de lo civil) núm. 105/2019, de 19 de febrero, (*RJ* 2019, 613). Ponente: Eduardo BAENA RUIZ.

²² STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. *Roj* STS 352/2018.

²³ Vid. LUNA YERGA, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Indret* núm. 288, 4. MEDINA ALCOZ, L. (2007) *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 55. LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 51 y sigs. (LA LEY 13903/2011. TAPIA HERMIDA, A.J., La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Núm. 71, 2019, 46.

²⁴ Vid. MARTIN CASALS, M., La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. *Ob. cit.* 42 y 43.

²⁵ LLAMAS POMBO, E., Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones. *Ob. cit.* 50 y sigs. (LA LEY 13903/2011). GALLARDO CASTILLO, M.^a J., Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 (2015), 60.

²⁶ (STS 1177/2016, de 25 de mayo (recurso de casación 2396/2014).

²⁷ Así lo señala la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 278672), a propósito de la pérdida de oportunidad por falta de advertencia de los riesgos.

²⁸ La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 264821) señala que se repara la pérdida de oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final y más favorable al que se produjo (sordera total y definitiva del paciente). En parecido sentido la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 166246), establece que la obligación de indemnizar gira sobre la base de la falta de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados, sino sobre la base de un retraso en el diagnóstico final del paciente que pudo y debió practicarse. En igual sentido, se pronuncia el TSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de 28 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 244913).

²⁹ STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019. *Roj*: 2304/2019. Ponente: M.^a Consuelo URIS LLORET.

³⁰ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. *Roj* STS 352/2018

³¹ TAPIA HERMIDA, A.J., La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 71, 2019, 45.

³² Sentencia que a su vez cita la STS de 27 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 6548).

³³ RUBIO TORRANO, E., Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012), *Revista Aranzadi Civil — Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, 55.

³⁴ SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1298) (recurso de casación núm. 5893/2006), y la de 22 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6930)

³⁵ Esta sentencia desestima la pretensión de una paciente contra un centro estético en reclamación de daños y perjuicios, por falta de consentimiento informado, y haberle ocasionado quemaduras de segundo grado tras tratamiento estético con láser ND YAG y con IPL2VL. *Vid.* SAP de Barcelona (Sección 4.ª) núm. 423/2018 de 15 de junio.

³⁶ STS (Sala Primera) de 16 enero 2012. Rec. 2243/2008.

³⁷ *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007 (*JUR* 2007, 339906).

³⁸ Un amplio comentario a esta sentencia puede verse en NAVARRO SIMÓN, E.M.^a, Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la sentencia del tribunal supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, 313-327.

³⁹ STS de 8 de abril de 2016. (ROJ STS 1427/2016).

⁴⁰ STS (Sala Primera) de 16 de enero de 2012 (*RJ* 2011, 948) Ponente: José Antonio SELJAS QUINTANA.

⁴¹ SAP de Barcelona (Sección 19.ª) núm. 511/2018 de 23 de noviembre.

⁴² STS de 25 de junio de 2010 (*RJ* 5886, 2010) Ponente: José Manuel SIEIRA MÍGUEZ. Véase el comentario a esta sentencia en ALARCÓN PONCE, A., Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010). *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 184, 2011, 509-514.

⁴³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 6872).

⁴⁴ En el caso de autos queda probada la evidente e indebida demora en la respuesta; así consta acreditado que, «a las 13,45 h. el afectado fue trasladado al centro de salud de Cullera (Valencia) desde donde, sin realizarle exploración alguna, se le envió al Hospital La Fe en Valencia, al que llegó una hora más tarde. Como quiera que entonces, no existía cámara hiperbárica en Valencia, resultaba obligado a trasladarle al Hospital de la Cruz Roja de Barcelona. En lugar de hacerlo en helicóptero «medicalizado» (que se encontraba disponible y practicable), se decidió hacerlo en ambulancia, que partió a las 18,30 h. llegando a su destino a las 23,30 h».

⁴⁵ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2008 (*JUR* 2009, 6901).

⁴⁶ STS (Sala de lo contencioso administrativo) de 2 enero 2012. (*RJ* 2012, 2).

⁴⁷ La Sra. ingresó el 11 de septiembre de 2006 en el Servicio de Urgencias del Hospital (...) por dolor costal derecho. Fue diagnosticada de tromboembolismo pulmonar y se descartó proceso tumoral torácico o abdominal. La paciente recibió el alta el 27 de septiembre de 2006 y desde entonces, fue atendida en dicho centro en tres ocasiones hasta que el 1 de enero de 2007 sufrió un episodio de disnea y, en el traslado en ambulancia tuvo una parada cardiorrespiratoria. La práctica de una laparotomía exploradora urgente evidenció una carcinomatosis peritoneal (cáncer en diafragma, intestinos delgado y grueso, y mesenterio). La paciente falleció ese mismo día.

⁴⁸ La STS (Sala de lo Contencioso administrativo) de 3 de diciembre de 2012. (*RJ* 2013, 582). Ponente Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO.

⁴⁹ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Roj STS 352/2018. Ponente: Wenceslao F. OLEA GODOY.

⁵⁰ STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso) de 30 de octubre de 2019. Roj 4505/2019. Ponente E. LUCAS LUCAS.

⁵¹ Sobre el particular puede consultarse ampliamente a MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 96-118. PAÑOS PÉREZ, A., Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, La Ley 7189/2014, 1-20.

⁵² SAP de Barcelona núm. 440/2014, de 25 de septiembre. Ponente M. RALLO AYEZ-CUREN.

⁵³ Afirma la Sala que no se está ante un caso fortuito, ya que la operación de que se trata tiene posibilidades de fracasar, y aunque ello sea muy improbable, no excusa del deber de información al paciente para que, dentro de su autonomía, pudiera asumir el riesgo. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización tiene en cuenta para su determinación, entre otras cuestiones, la pérdida de ingresos de los recurrentes ya que la madre tuvo que dejar de trabajar debido a que el embarazo se consideró de alto riesgo; también el daño moral padecido atendiendo al impacto psíquico de los actores al ver frustradas sus expectativas de no tener más hijos después de haber tomado medidas para evitarlo. Por lo que se refiere a la partida reclamada de contribución a la crianza del menor, como consecuencia de las dificultades económicas de la familia ligadas al nacimiento, si bien es cierto que son los padres los obligados a la manutención de los hijos, la Sala accede a la reclamación condenando al médico demandado al pago de una cantidad estimada de la crianza del menor hasta los 18 años.

⁵⁴ STS de 4 de noviembre del 2008, rec. 4936/2004).

⁵⁵ Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, R., La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 38, Sección Estudios, Mayo 2006, (LA LEY 964/2006). Vid. LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 231. (LA LEY 13903/2011).

⁵⁶ Vid. SAP de Madrid de 28 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 376602).

⁵⁷ La STS de 15 de septiembre de 2015, Roj 3752/2015. Ponente: SEIJAS QUINTANA.

⁵⁸ En el caso de autos se había realizado varias ecografías bidimensionales en las semanas de gestación 8, 12, 15, 19, 24 y 28. También la gestante había acudido al centro (...), integrado en el cuadro médico de (...), S.A. y donde el Dr. (...) (especialista en ecografía obstétrica) practicó a la embarazada una ecografía bidimensional en la semana 20 de embarazo, sin apreciar anomalías en el feto. En la semana 30 de embarazo el Dr. (...) realizó una nueva ecografía y apreció una agenesia del antebrazo y mano izquierdos. Vid. STS (Sala Primera) de 6 de marzo de 2018. Ponente: José A. SEIJAS QUINTANA Roj 724/2018.

⁵⁹ ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, 313.

⁶⁰ Un estudio (*American Journal of Medical Genetics* 155; 2360-2369, 2011) se centró en las opiniones de los padres de niños con síndrome de Down. De las más de 2000 respuestas, un 99% dijo querer a su hijo, un 97% está orgulloso de él y un 79% explicó que su visión de la vida es ahora más positiva. Frente a ellos, tan solo un 4% se arrepiente de haberlo tenido. Pero por lo que aquí interesa, otro informe se centró, precisamente, en sus protagonistas. Sus resultados ponen de manifiesto que, desde el punto de vista de las personas con trisomía 21, alrededor del 99% indicó que se siente feliz con su vida, un 97% aseguró que les gusta su forma de ser y a un 96% le agrada su físico. Solo un pequeño porcentaje se mostró triste por tener síndrome de Down. Vid. «La gran mayoría de las personas con Síndrome de Down son felices con sus vidas». Observatorio de Bioética. Instituto Ciencias de la vida. Disponible: <https://www.observatoriobioetica.org/2013/12/la-gran-mayoria-de-las-personas-con-sindrome-de-down-son-felices-con-sus-vidas/662> (Último acceso: 12.04.2020)

⁶¹ STS (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 2007 (*RJ* 2008, 24).

⁶² la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) de 24 de octubre de 2011 (*RJCA* 2011\880).

⁶³ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 3.^a, núm. 932/2017, de fecha 21 de julio de 2017.

1.7. Concursal

El principio de continuación de la actividad del concursado vs. la *par condicio creditorum* en la apreciación del daño en las acciones de reintegración concursal

The continuation of insolvent's activity versus the par condicio creditorum principle in the assessment of damage linked to insolvency reintegration actions

por

JUAN PALAO UCEDA

*Profesor de Derecho mercantil y Gestor de Formación Integral
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: Las acciones de reintegración durante el proceso de insolvencia tienen una eficiencia limitada debido al nuevo principio rector del proceso concursal que se añade a la *par condicio creditorum*. Este nuevo principio es el mantenimiento de la actividad empresarial. La interpretación dada por los tribunales al daño, el cual se necesita para conceder la reintegración, ha armonizado ambos principios atenuando parcialmente este inconveniente. Finalmente, debe resaltarse que la eficiencia de estas acciones es fundamental para la protección del crédito.

ABSTRACT: *Restitution actions during the Insolvency procedure are limited in their efficiency because of the new principle that governs insolvency procedures which was added to the «par conditio creditorum» principle (similar treatment to all creditors). This new principle is the preservation of the insolvent's activity. The interpretation of Courts given to the harm, which is needed in case of restitutions, has harmonized these two principles bringing this inconvenient partially to an end. Finally, it should be highlighted that the efficiency of these actions is fundamental for the protection of the commercial credit.*

PALABRAS CLAVE: Reintegración. Daño masa activa. Protección del crédito. Preservación de la actividad. *Par condicio creditorum*.

KEY WORDS: *Restitution. Harm on bankruptcy assets. Credit protection. Preservation of activity. Par condicio creditorum.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS PRINCIPIOS YACIENTES EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL.—II. EL NUEVO PILAR DEL CONCURSO, LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO, Y SU EFECTO EN LA ECONOMÍA DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN.—III. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO «PAR CONDICIO CREDITORUM» SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO O EL DAÑO A LA MASA ACTIVA: 1. LIMITACIÓN DEL COBRO CONTRA LA MASA DEL ACREEDOR PARTÍCIPE EN EL ACTO RESCINDIDO. 2. LIMITACIÓN DE LA IRRESCINDIBILIDAD DE LAS DEUDAS DE TRÁFICO ORDINARIO.—IV. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO O EL DAÑO A LA MASA ACTIVA FRENTE A LA «PAR CONDICIO CREDITORUM»: 1. CONSOLIDACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES DE REPARTO PATRIMONIAL PREVIAS AL CONCURSO. 2. CONSECUENCIAS GENERALES DE ESTA PRIMACÍA: A) *Sustitución de la prueba del fraude por la del perjuicio patrimonial.* B) *La mengua en la protección del crédito.*—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS PRINCIPIOS YACIENTES EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

Es conocido que nuestro sistema jurídico se reputa de «civil law» dando con ello a entender que el fundamento último sobre el cual descansa y se asienta fundamentalmente el edificio de nuestro ordenamiento jurídico no es otro que nuestro Código civil o derecho común.

Y esta verdad tan evidente tampoco le es extraña a la acción de reintegración concursal, institución mercantil homóloga a la acción rescisoria civil acogida previamente en nuestro derecho común.

En efecto, tal como dijo el imperecedero maestro de juristas, Joaquín GARRIGUES, «[l]os conceptos [que] para el Derecho civil son puntos de llegada, para el Derecho mercantil son puntos de partida»¹.

Es pues a estos principios fundantes a los que hemos de fiar el rumbo de nuestra singladura jurídica para prevenirnos frente a los procelosos y turbulentos mares de la casuística y así aferrarnos a ellos como verdadero lucero, estrella, norte y guía para mantener el rumbo hacia puerto seguro.

Ciertamente es en la estrechez de las normativas especiales, sectoriales y su aplicación concreta donde nos es más dado, por las sacudidas del bravo mar de intereses y el particularismo que nos circuye, entrar en una franca confusión de suerte que, embotados y privados de perspectiva, nos separemos del salvífico puerto de los principios que propincuo y cercano se halla para precipitarnos nuevamente en el inclemente y cegador piélagos del particularismo, tal como ha dicho BECEÑA:

«[...] así como el soldado ni ve ni dirige la batalla, así el práctico, dominado exclusivamente por el problema concreto, prescinde del sistema que es el núcleo esencial de toda obra de codificación y, a la larga, tiende a dar a su espíritu una dirección casuística que es lo más opuesto a una obra de esta naturaleza»².

Es el caso que la institución del derecho concursal o de quiebras ha nominado a todas aquellas operaciones oriundas de la rescisión pauliana civil, acciones de reintegración, construyendo así un instituto específico pero oriundo de esta última que facilita su ejercicio.

Esto se explica tanto por la contratación en masa³ propia del ámbito mercantil como por la asidua y endémica lesión de intereses de acreedores en los aledaños próximos a la declaración del concurso de acreedores⁴.

El concurso mismo pues justifica la creación de una institución específica y más acomodada a la necesidad de obrar rescisiones generalizadas, facilitando su ejercicio⁵ y fortaleciendo su eficacia en los períodos aledaños al concurso a través de la eliminación del fraude⁶ como requisito probatorio previo. Además, la mentada institución concursal, favorece este conato por un pliego de presunciones legales que allanan el camino a los demandantes⁷. No obstante lo cual entendemos que no hemos de perder el punto de partida civil que le dio hábito vital, ser y existencia, aún con los matices diferenciales que ambos presentan por los ámbitos que les son propios.

II. EL NUEVO PILAR DEL CONCURSO Y SU EFECTO EN LA ECONOMÍA DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Como sabemos el daño que toda rescisión presupone ha sido reputado como «daño a la masa activa»⁸ por la normativa concursal.

Sería lícito entender que esta expresión obedece más a un recurso lingüístico que a un postulado jurídico pues nos acogemos a que no hay relevancia jurídica en meros daños a las cosas aunque sean sobre el patrimonio del concursado pues este nunca pierde la titularidad de sus bienes hasta su efectiva ejecución y enajenación a lo largo del procedimiento concursal⁹.

Más bien, el daño se reputa en relación a aquellas cosas que caen bajo el dominio u otro derecho de sujeto(s) damnificado(s), que en nuestro caso sería la comunidad de acreedores, previniendo y disponiendo el ordenamiento en este caso para ellos una vía de reclamación a través del justo otorgamiento de las preceptivas acciones.

De ahí que la jurisprudencia haya terminado acercando también a los acreedores dicho daño por un «perjuicio indirecto»¹⁰ a causa de la exigencia tuitiva de que cualquier acción o interés alegado tenga un último asiento en sujetos particulares o colectivos legitimados para actuar en su propia defensa. Por eso se ha calificado por la jurisprudencia acto rescindible a aquel que supone un «sacrificio patrimonial injustificado» para la comunidad de acreedores¹¹.

Pero esta personalización de la masa activa como perjudicada, abre nuevas consideraciones de lesividad ajenas a los acreedores y «[a]unque el perjuicio [a la masa activa] guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia de todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa activa como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo de concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles»¹².

En especial esta personalización se debe a la introducción de un nuevo principio fundante en el instituto de la rescisión concursal no conocida en el derecho civil; el principio de continuación de la actividad que postula la irrevocabilidad de algunas operaciones en tanto «contribu[yan] a la subsistencia de la empresa y a que sigua funcionando» entendiéndose que es una forma de «generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de acreedores»¹³.

Este principio introducido por la normativa concursal actual pugna por atenuar la rigurosidad e inflexibilidad de las acciones rescisorias en el conato de

permitir una perdurabilidad de la sociedad y de sus cotidianas operaciones de mercado en condiciones normales.

La gestación de este criterio descansa en la consideración de la quiebra empresarial no como un fenecimiento empresarial disruptivo y lesivo para los acreedores sino, antes bien, como una situación frecuentemente recuperable y subsanable, llamada a generar los menores efectos si la actividad no es obstaculizada ni estorbada en su marcha, algo que es favorecido por la ley¹⁴.

De ahí que se haya limitado en el tiempo la rescisión frente al anterior sistema que establecía un período de tiempo indeterminado y fijado discrecionalmente por el juez que se podía alargar muchos años¹⁵ a la par que se ha puesto coto a las consecuencias adherentes a la rescisión concursal.

De este modo, ante el posible advenimiento de una quiebra y el consecutivo concurso de acreedores de un deudor, los proveedores estarán más inclinados a normalizar el tráfico comercial con el mismo no denegando suministros o servicios y, especialmente, en lo que toca y atañe a las operaciones circunscritas a su objeto social, de suerte que pueda continuar el deudor su actividad en la mayor medida posible salvo que alcance partes y cotas en las que esta actividad se haga inviable por el desajuste y ruina que auguran.

Por lo referido, tampoco serán atacables, por ejemplo, acuerdos de refinanciación en los umbrales del concurso que también dieron pábulo y vado a esa continuación empresarial¹⁶.

No obstante, esta perspectiva choca frontalmente con una realidad que arroja tasas de liquidaciones empresariales en sede concursal cercanas al 95%¹⁷.

La referida circunstancia ha quitado el natural protagonismo civilista de los acreedores en el empleo y efectividad de estas acciones y se ha situado junto a ellos un interés abstracto y no atribuido a ningún sujeto en particular, como es la continuación de la actividad¹⁸. Es decir, como decimos, con estas acciones se trata también de evitar «[el] riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor»¹⁹.

Pero el camino expedito a través del daño a la masa activa con la que se quiere preservar la continuación de la explotación también ha abierto la puerta, como veremos, a la protección de otro tipo de actos que no tocan tanto al mantenimiento y preservación de la actividad empresarial. Así este concepto abstracto, de difícil acuñación por no tener como fundamento último en sujetos damnificados, es el que, como veremos, ha generado mayor casuismo al tiempo de ser definido y aplicado por la jurisprudencia del alto tribunal.

Es indudable que los dos criterios rectores del concurso, la *par condicio creditorum* y el principio de continuación de empresa, han permeado toda la normativa del concurso y, en especial, este concreto instituto concursal. Por ello conviven en su seno al momento de su exégesis e interpretación.

III. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO *PAR CONDICIO CREDITORUM* SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA O DAÑO A LA MASA ACTIVA

1. LIMITACIÓN DEL COBRO CONTRA LA MASA DEL ACREEDOR PARTÍCIPE EN EL ACTO RESCINDIDO

A diferencia del anterior sistema de quiebras, toda acción de reintegración puede conllevar simultáneamente un pago al tercero afectado fuera del concurso a través de un crédito contra la masa²⁰, salvo que se apreciara mala fe.

Dicha primacía coloca al acreedor afectado por la rescisión en una situación de privilegio frente al resto de acreedores que, necesariamente, cobrarán en moneda del concurso, produciendo la acción de reintegración, además de un ingreso, una salida patrimonial consecutiva y paralela²¹. De ahí que se reste provecho a la misma²².

Además no hemos de obviar la acuitada situación patrimonial del concursado que, en no pocos casos, estorba o imposibilita la obtención de haberes bastantes como para atender esta recíproca devolución adherente a las acciones de reintegración. Lo mentado representa un verdadero óbice para el recto y adecuado ejercicio de las mismas, comprometiendo con ello el cabal curso del procedimiento concursal.

En primer lugar se ha trasladado a estas acciones que la mala fe del acreedor afectado por la rescisión, condición preceptiva para subordinar la devolución a la que el deudor común estaría obligado, «no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores»²³.

Seguidamente, aunque el reciente texto refundido ya distingue entre actos rescindibles unilaterales y bilaterales²⁴, la jurisprudencia ya había acotado el alcance de la rescisión en muchos casos; v.gr. había desligado la reintegración de un pago por un servicio de la devolución del servicio mismo²⁵, había rescindido solo la garantía real colocando al crédito garantizado en el rango de ordinario²⁶, etc.

Así ha sabido inteligentemente sortear en ocasiones la ineficacia práctica de la acción rescisoria, obligando al tercero a renunciar a sus beneficios o pagos pero sin devolución simultánea por parte de la concursada de lo debido al mismo fuera del concurso, cuya ratio ha sido acogida por el legislador en el texto refundido.

Esta rescindibilidad, no obstante, no ha sido en otros casos considerada en iguales términos, v.gr. se apreció que la venta de un inmueble a una sociedad participada por un banco y el empleo consecutivo del líquido obtenido para la satisfacción de los préstamos de dicho banco, era una actuación revestida de «un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica»²⁷.

2. LIMITACIÓN DE LA IRRESCINDIBILIDAD DE LAS DEUDAS DE TRÁFICO ORDINARIO

En segundo lugar, también a diferencia del anterior sistema, no se rescinden todos los actos de «dominio y administración»²⁸ acontecidos en el período sospechoso (dos años en la actualidad) sino, más bien, solo algunos, permitiendo al concursado, en determinados casos, favorecer a unos acreedores frente a otros antes de la declaración de concurso como la propia jurisprudencia ha declarado.

En especial, como anticipábamos, se consideran inatacables los actos del tráfico ordinario del deudor común en condiciones de mercado.

Piénsese en el pago de deudas vencidas y exigibles a algunos proveedores propinuos al deudor común con exclusión de otros proveedores sin esta familiaridad o cercanía que se ven naturalmente abocados a cobrar dentro del concurso²⁹.

Casos hay en los que, de setenta y cinco proveedores pendientes de cobro, tan solo a dos se ha satisfecho su crédito íntegramente, concediéndoles a estos últimos un trato favorable en los mismos umbrales del concurso frente a los primeros³⁰.

Ante este hecho, como dijimos, la jurisprudencia ha extrapolado también el daño a la masa activa a la lesión de la comunidad de acreedores por medio de la vulneración de su paridad de trato («par condicio creditorum») ³¹.

Ello les ha permitido considerar que el pago normal (no rescindible) no se circunscribe tan solo a una equivalencia entre las prestaciones realizadas dentro del objeto social sino que han de tomarse en consideración otras circunstancias del momento y el contexto en el que se realizan entre las que se incluye la proximidad temporal con la declaración de concurso y el conocimiento de los administradores de la crítica situación así como el agravio comparativo que produce entre acreedores³².

Es decir, la «*par condicio creditorum*» principia ya en momentos anteriores al concurso a través de la rescisión de las operaciones hechas en fraude/mengua de los acreedores³³.

De este modo y manera vemos como la jurisprudencia ha extendido el concepto de daño a la masa activa al daño a la comunidad de acreedores devolviéndole en parte su antigua fisonomía civilista.

La pervivencia de esta defensa de los intereses de los acreedores y su trato similar se explican también por las presunciones de lesividad prevenidas por la norma concursal al objeto de allanar el camino a la rescisión.

Este es el caso del presupuesto de lesividad de «*iuris tantum*» relativo a la constitución de hipotecas para cubrir deudas preexistentes. Aunque la jurisprudencia la ha conectado con una disminución «*cualitativa*» de la masa activa que pone en peligro la permanencia y gravamen de uno de sus activos³⁴, al final hemos también de entender que se sujeta un bien al pago de un acreedor con exclusión del resto los cuales, antes de esa operación de garantía, se encontraban en idéntica situación ante el concursado, quebrantando con ello el inveterado principio concursal de la *par condicio creditorum*.

La diferencia fundamental del aseguramiento de deudas preexistentes con una ulterior hipoteca frente a las hipotecas de máximos es que, en las primeras, solo se tuvo en cuenta un crédito o confianza personal al entablar la relación comercial con el deudor común que luego fue cambiada artificialmente por un crédito real hipotecario. Sin embargo en las segundas fue un crédito real primigenio el fautor y valedor de esa relación, tal y como la jurisprudencia advierte³⁵.

También confirma la instrumentalización de estas acciones de reintegración en pro de la *par condicio creditorum* el hecho de que la Ley Concursal, con carácter subsidiario, deposite en manos de los acreedores³⁶ la potestad para la apertura de un incidente de reintegración cuando la administración concursal, aún prevenida por ellos a tal fin, no haya asumido su criterio en materia de reintegración y haya obviado la apertura de un incidente a tal término.

Es nuevamente la normativa civil la que, fuera del procedimiento concursal, arroja luz sobre el innegable interés de los acreedores en estas acciones al confiarles por entero la acción para iniciar tales procedimientos por lesividad³⁷.

En efecto es en las acciones de rescisión del código civil, donde se distingue el faro y lucero que arroja claridad sobre la génesis de esta institución concursal, como es la protección de los acreedores y su trato justo, encarnados estos en la protección del crédito que más adelante comentaremos.

Esta, pues, es la prístina, genésica y exegética causa de la institución concursal consagrada en la normativa decimonónica que ha sido en el presente suavizada tras la promulgación de la actual normativa concursal pues junto a este principio instituye la conservación de la actividad dividiendo los amores a los que ha de consagrar sus esfuerzos el aparato concursal.

En efecto, en la medida en que el crédito se defiende en una nación, es decir, el cumplimiento de las obligaciones discurra por desembarazados y ágiles cauces, también fluirán con igual presteza el entendimiento entre oferta y demanda

en el convencimiento de un férreo sistema de protección ante la concesión de crédito a un contratante.

IV. DERIVADAS DE LA APLICACIÓN PRIORITARIA DEL PRINCIPIO DE DAÑO A LA MASA ACTIVA O CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD FRENTE A LA PAR CONDICIO CREDITORUM

1. CONSOLIDACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES DE REPARTO PATRIMONIAL PREVIAS AL CONCURSO

La primacía de la continuación empresarial, ciertamente ha movido a la jurisprudencia a declarar que el deudor es libre de atender los pagos a su arbitrio no siendo estos rescindibles pese al desigual trato a los acreedores salvo que, en el momento de efectuarlos, estuviese ya en situación de insolvencia declarada o no³⁸.

De hecho la presunción del estado de insolvencia en la que en el momento de las actuaciones se hallaba el concursado es la justificación que se esgrime en varias sentencias para reputar rescindible el acto en cuestión³⁹.

Esta era precisamente la razón de la antigua retroacción del anterior sistema de quiebras en donde se pretendía retrotraer la situación patrimonial del deudor al inicio de su situación de quiebra a partir del cual se presupone, no sin razón en muchos casos, que el deudor ya actuó empujado por la inquietud, desesperación o fraude lesionando los intereses de la comunidad de acreedores⁴⁰ (liquidaciones apresuradas de bienes, préstamos a alto interés, beneficio a acreedores más cercanos antes del total colapso de la sociedad, alzamiento de bienes, generación de créditos ficticios, etc.). En especial la jurisprudencia del Supremo es abundante en actos rescindidos por favorecer a los propios socios de la sociedad concursada durante ese período sospechoso⁴¹.

Sin embargo, conducida por esta primacía de la continuidad empresarial y defensa de la masa activa, la jurisprudencia ha ido un paso más allá.

La posposición del principio de trato similar a los acreedores en idéntica situación desemboca en situaciones como que las que presentamos a continuación vertidas en varias sentencias del alto tribunal⁴².

En los presentes casos, un deudor común, tan solo tres meses antes de declararse en concurso y habiendo ya manifestado su situación preconcursal, comienza a compensar sus deudas con cesiones de bienes de gran valor que tenía en el balance, en este caso plazas de garajes. En el conato de rescisión de algunas de estas cesiones las mismas llegan ante el Tribunal Supremo.

Las cesiones de bienes que se estudian en estos casos, se aceptan por los acreedores con quitas. En la mayoría de los casos los bienes cedidos para el pago de las deudas existentes importaban tan solo el 50% de la deuda que se cancela con su entrega *pro soluto*. En esas mismas semanas muchos tratos de este jaez fueron engendrados.

Por el principio de ausencia de daño a la masa activa y continuación empresarial se ve forzado el tribunal a conceder que no hay tal sacrificio patrimonial injustificado y, por lo tanto, permite la consolidación de tales operaciones.

Vemos, sin embargo, que las circunstancias concomitantes al caso insinúan y casi confirman que en los referidos pagos medió parcialmente la desesperación y premura del deudor común y la aceptación por parte de los acreedores de tan altas quitas parece más bien nacer de un recíproco conocimiento de la crítica situación del mismo que ya se encontraba en situación preconcursal en esas fechas y que, tres meses más tarde, solicitaría el concurso.

Entendemos que en este caso las circunstancias adherentes a las mentadas operaciones que en otras sentencias se consideraban, podrían haber inclinado al tribunal a adoptar una solución de signo contrario debido al conocimiento de la administración de la situación crítica, la cercanía con la insolvencia y el trato discriminatorio a los acreedores, etc.⁴³. Sin embargo, las altas quitas obradas a favor del concursado, como reconoce el propio tribunal en las sentencias citadas, no le permiten en este caso dar vado a la rescisión pretendida.

Por ende, para no vaciar de contenido el concurso mediante tales acuerdos de cancelación de deuda previos al procedimiento concursal obrando un ostensible quebrantamiento de la *par condicio creditorum*, el alto tribunal consideró que los acuerdos de pago adoptados en el seno del posterior concurso se habían despachado conviniendo con los acreedores concursales quitas similares del 50%, aunque estas últimas deudas se pagaran con más dilación en el tiempo, amén de otras circunstancias que, por tanto, no agravan de forma tan desmedida este principio de igualdad de trato⁴⁴.

Como dijimos más atrás, el ánimo de beneficiar a ciertos deudores cercano el concurso, ha sido rescindido en otras sentencias entendiéndose que la deudora cuando realizó la operación «ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros»⁴⁵. No obstante, las sentencias comentadas esgrimen en apoyo de su partido el ofrecimiento generalizado de daciones en pago que el deudor común realizó a todos o la mayoría de sus acreedores antes del concurso.

Por último citamos en esta línea un caso en donde se realizó una venta de activos a unas entidades participadas por una entidad bancaria para, con el líquido resultante, satisfacer a dicha entidad bancaria los préstamos habidos con anterioridad⁴⁶.

En este caso el tribunal consideró que las operaciones no eran rescindibles aunque, ostensiblemente, disminuyeron la paridad de trato con los otros acreedores a través de ventas de bienes muebles ya que uno de esos bienes muebles era de una compañía del grupo de la concursada y no de la propia concursada.

2. CONSECUENCIAS GENERALES DE ESTA PRIMACÍA

A) *Sustitución de la prueba del fraude por la del perjuicio patrimonial*

Confiados muchos de sus esfuerzos en favorecer la continuación de la actividad del concursado, la normativa concursal ha hecho inexpugnables ciertos actos previos al concurso.

Si la eliminación del fraude o mero conocimiento de las partes de la acuitada situación del deudor común, allanaba y aderezaba el pacífico camino a las acciones rescisorias concursales, se ha interpuesto otro óbice en el antes sencillo tránsito hacia la reintegración, el perjuicio a la masa activa.

El perjuicio supone la necesidad de presentar una nueva prueba⁴⁷ ante el órgano juzgador que, aunque asistida y subvenida en su ejercicio por un conjunto de presunciones legales⁴⁸, complica por otro lado lo que la eliminación del fraude había querido facilitar como veíamos en el encabezado.

Si la continuación protegía normalmente operaciones de tráfico ordinario hechas en condiciones de normales⁴⁹ esta se ha extendido a otras operaciones.

Como hemos podido ver en los casos precedentes, ha abierto la puerta, en nuestra opinión desafortunadamente, a pagos diversos que entendemos se salen

de lo que es la simple cancelación de deudas líquidas, vencidas y exigibles con el líquido existente en la empresa.

Por ello la evaluación del perjuicio a la masa activa no solo se tiene en cuenta la continuación sino también una suerte de operaciones diversas que obedecen a diferentes criterios como hemos visto más atrás, situando dicha decisión en un campo de amplia discrecionalidad judicial nada deseable.

La decisión sobre el perjuicio del acto se ha tornado en un examen asaz de casuístico como la misma jurisprudencia ha declarado⁵⁰ que no solo impide enervar y quitar fuerza a la reintegración plena a la masa activa del concurso sino también menoscaba la protección del crédito.

B) Mengua en la protección del crédito

Ya los autores clásicos del derecho de quiebras afirmaban: «Esta disciplina (derecho concursal) protege intereses públicos y colectivos del crédito, de la economía y del comercio y los particulares de las Empresas y los acreedores»⁵¹.

El crédito favorece una operación «cuando entre la prestación y la contraprestación media un intervalo de tiempo: el acreedor efectúa, de inmediato, su prestación (entrega de un bien, realización de un servicio, etc.), pero el deudor solo realizará la prestación posteriormente»⁵². El crédito (credere, lat = confiar)⁵³ sería la «confianza y opinión que goza una persona de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga»⁵⁴.

Las operaciones a crédito, derivadas de un aumento de la confianza comercial no solo en los operadores sino en el sistema legal mismo, son necesarias en tanto incrementan el volumen de contratación y negocios a falta de líquido «con el consiguiente beneficio individual y colectivo»⁵⁵ y de esta forma el crédito constituye «un vastísimo sistema complejo y simétrico, que sirve de potente fuerza motriz para el desarrollo económico, adquiriendo una importancia decisiva en la producción social»⁵⁶.

Si las empresas encontraran vedado el camino a las transacciones a falta de líquido y no pudieran contratar a crédito (suministros, materias primas, préstamos...) por falta de dicha confianza, el sistema productivo se estancaría entre tanto.

Una función sencillísima, esto es, a más negociación, mayor producción que respalde esa contratación (PIB), es decir, mayor riqueza para el país⁵⁷.

Una vez la contratación esta desembarazada o, a lo menos depurada, de recelos, sospechas y desconfianza por el benéfico influjo del crédito, el entendimiento entre oferta y demanda se facilita, alentándose el crecimiento de una economía cuya principal divisa es el incremento de su producción interna.

Es tal la importancia del crédito que el Registro de la Propiedad, a través de sus garantías registrales, contribuyó a generar un crédito de corte, no personal, sino real (en concreto territorial) para suplir la escasez de crédito personal en periodos concretos de crisis profundas⁵⁸.

En especial, en el ámbito concursal, el ordenamiento debe empeñar sus más denodados esfuerzos en que la comunidad de acreedores, verdadera representante del crédito, a través del reparto equitativo y mayor posible del patrimonio del concursado asuma sin fisuras la seriedad y firmeza del sistema jurídico que ampara y protege el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

La seguridad jurídica no se puede predicar de unos pocos acreedores beneficiados en el período anterior del concurso, sino del grueso de la masa de acreedores concursales que representa al crédito en su totalidad.

Es así como la caída del «crédito privado» o comercial llega a afectar al «orden público»⁵⁹ si este no se tutela con orden y justicia.

Si los acreedores no ven satisfechas, aún en un mínimo porcentaje, sus expectativas de cobro a costa de unos pocos, la falta de confianza terminará por minar el tráfico comercial, ralentizando el entendimiento entre oferta y demanda y frenando el crecimiento de la economía avalado por el crédito.

La credibilidad que brinda un sistema efectivo, justo y rápido de reclamación de deudas, aún en sede concursal, es una de las medidas de política legislativa que con más verdad favorecen, estimulan y alientan el tráfico comercial, la inversión y la producción dentro de una nación.

Si las acciones de rescisión no minoran los repartos desiguales e insolidarios de activos en los concursos, los mismos se tornan en un verdadero elemento de distorsión del tráfico que causa general desconfianza e incertidumbre para invertir y acceder a un mercado concreto.

V. CONCLUSIONES

I. La adición del principio de continuación de la actividad del concursado al ya tradicional de la *par condicio creditorum* parece que ha alterado la eficiencia del sistema de reintegración concursal en el periodo sospechoso.

II. La jurisprudencia ha tenido que ponderar y sopesar cuidadosamente la preeminencia de uno sobre otro principio al momento de apreciar o no la lesión adherente a toda acción de rescisión. Esto ha hecho de su decisión un acto de compleja exégesis y hermenéutica dependiente siempre de las circunstancias concretas concomitantes.

III. Lo referido ha tenido dos consecuencias importantes en la jurisprudencia y en la apreciación del daño a la masa activa.

IV. En primer lugar ha conducido irremediablemente a un nada deseable casuismo en la apreciación de la rescisión concursal que resta seguridad jurídica al sistema concursal y que, en ocasiones, produce el vaciamiento parcial y práctico de la institución concursal ante el reparto previo de activos.

V. En segundo lugar ha entorpecido el pacífico y rápido ejercicio de las acciones de reintegración prevenido por el legislador concursal al eliminar la prueba del fraude pues, actualmente, la prueba del perjuicio resulta compleja y ardua ante la difícil, fina y cuidadosa ponderación judicial de ambos principios configuradores al tiempo de conceder acerca del perjuicio necesario para la que las acciones de reintegración concursal prosperen.

VI. Por último, se ha desamparado parcialmente la protección del crédito que ha sido siempre el principio rector y verdadero baluarte del concurso. Es decir, evitar que por múltiples caminos y vías (ejecuciones singulares, repartos interesados e incluso maquinaciones fraudulentas) la satisfacción de los créditos se produzca de forma injusta y desordenada al margen de la meditada, medida y ponderada prelación al pago adherente a la unidad de un proceso universal.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 21 de junio de 2018
- STS de 30 de mayo de 2018
- STS de 26 de abril de 2018
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 13 de julio de 2017

- STS de 30 de marzo de 2017
- STS de 4 de noviembre de 2016
- STS de 26 de octubre de 2016
- STS de 17 de abril de 2015
- STS de 26 de marzo de 2015
- STS de 10 de marzo de 2015
- STS de 17 de febrero de 2015
- STS de 1 de noviembre de 2014
- STS de 13 de octubre de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 27 de marzo de 2014
- STS de 10 de julio de 2013
- STS de 2 de abril de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 24 de julio de 2007
- STS de 26 de marzo de 2004
- STS de 29 de enero de 2004
- STS de 8 de febrero de 2001
- STS de 18 de abril de 1929
- SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009
- SAP de Valladolid de 23 de marzo de 2009
- SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008
- SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2008

VII. BIBLIOGRAFÍA

- APODACA Y OSUNA, F. (1945). *Presupuestos de la quiebra*. México D.F.: Editorial Stylo.
- BECÉÑA, F. (1928). *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2004). Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*. 1.^a. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Estadística concursal el concurso de acreedores en cifras (2018). Anuario 2018. www.registradores.org.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2011). Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 en Yzquierdo Tolsada, M. [coord.] *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 4, Madrid: Dykinson, 851-881.
- GARRIGUES, J. (Tomo I - 1959 y Tomo II - 1960). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Silverio Aguirre.
- HOPT, K.J. & MÜLBERT, P.O. (1989). *Kreditrecht. Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, Berlin: J. Schweitzer Verlag KG & de Gruyter.

- LEÓN, F. (2004) en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. (1949). *Código civil comentado: Del mandato*. Tomo XXVI. Vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- ROJO, A. y TIRADO, I. (2004). en Rojo, A. [dir.] y Beltrán, E. [dir.]. *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson-Civitas, Tomo II.
- TORRES DE CRUELLES, J. (1957). *La Suspensión de Pagos*. BOSCH: Barcelona.

NOTAS

¹ GARRIGUES, J. (Tomo I - 1959 y Tomo II - 1960) *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Silverio Aguirre. Tomo II, 35.

² BECEÑA, Francisco. *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1928, 30.

³ GARRIGUES, J., *op. cit.* Tomo I, 30. «Un Derecho llamado a regir operaciones en masa tiene que ser muy parco en formalidades. Las exige, en cambio, el Derecho Civil, creado para la regulación de actos aislados, propios de una vida de relación de tiempo lento, en comparación con el tráfico mercantil».

⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2011). *Comentario de la Sentencia de 16 de septiembre de 2010 en Yzquierdo Tolsada, M. [coord.] Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 4, Madrid: Dykinson, 851-881. 853.

⁵ LEÓN, F. (2004) en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 1304 y CRESPO ALLUÉ, F. (2004) en Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*. 1.ª. Valladolid: Editorial Lex Nova. pg. 1398.

⁶ Artículo 226 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC).

⁷ Artículos 227 y 228 del TRLC.

⁸ Artículo 226 TRLC «...serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa...».

⁹ GARRIGUES, J., *Op. cit.* Tomo II, 448. «Ningún precepto del Derecho positivo autoriza a conceder personalidad jurídica a la masa de la quiebra. Doctrinalmente, ello sería, además incompatible con su función de objeto de responsabilidad: es inconcebible que la masa sea, al mismo tiempo, objeto y sujeto de relaciones jurídicas». En puridad es un demérito irrogado al deudor que se extiende a sus acreedores ya que el deudor detenta durante el concurso la propiedad de sus bienes hasta que estos se enajenan o asignan para el pago de las deudas, y el acreedor, en ningún caso, tiene derecho real alguno sobre los mismos. Solo hay un embargo general pero no una pérdida de la titularidad real de los bienes. cfr. TORRES DE CRUELLES, J. (1957) *La Suspensión de Pagos*. Bosch: Barcelona, 498. Por todo ello la masa del concurso no requiere una ficción de personalidad a diferencia de v.gr. una herencia yacente que se ha aceptado a beneficio de inventario o una persona jurídica (sistema alemán). En estos casos los bienes adquieren una personalidad jurídica propia puesto que no hay persona natural responsable detrás.

¹⁰ STS de 4 de noviembre de 2016.

¹¹ STS de 13 de octubre de 2014, STS de 2 de abril de 2012 y STS de 8 de noviembre de 2012.

¹² STS de 26 de octubre de 2012 y STS de 26 de octubre de 2016.

¹³ STS de 26 de octubre de 2016.

¹⁴ EM de la ley Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud [...] La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede

ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses».

¹⁵ Artículo 878 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

¹⁶ Artículo 698 del TRLC.

¹⁷ 94,3% acabaron en liquidación en 2018. Estadística concursal el concurso de acreedores en cifras. Anuario 2018. URL: www.registradores.org. Por todo ello la decidida defensa de la continuación también puede traer consecuencias negativas por la mengua y menoscabo en el patrimonio del deudor común que las nuevas cargas derivadas de la continuación auguran. En efecto, en el caso que el concurso desembocara en la liquidación de la compañía, el objeto de dichos gastos tras la declaración de concurso, en muchos casos, devendría inane y baldío de todo punto en ostensible daño de la comunidad de acreedores.

¹⁸ STS de 13 de julio de 2017 «[...] es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación, las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional [...], y en concreto si una ampliación significativa del crédito aportó liquidez para seguir operando en el mercado».

¹⁹ STS de 10 de marzo de 2015 y STS de 26 de octubre de 2012 y STS de 26 de octubre de 2016.

²⁰ 235 del TRLC.

²¹ Artículo 236. 1 del TRLC.

²² La anterior regulación situaba al acreedor afectado por la rescisión en una situación de igualdad con los demás acreedores concursales, siendo finalmente pagado en moneda de la quiebra según la categoría de crédito que posea.

²³ STS 27 de octubre de 2010.

²⁴ Artículo 236 TRLC.

²⁵ STS de 26 de octubre de 2012.

²⁶ STS de 30 de marzo de 2017.

²⁷ STS de 4 de noviembre de 2016.

²⁸ STS de 26 de marzo de 2004, STS de 29 de enero de 2004 y STS de 8 de febrero de 2001.

²⁹ Amén de las corruptelas que el cambio del vencimiento de facturas a personas cercanas puede producir para adelantarles el pago antes que se declare el concurso.

³⁰ SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009.

³¹ STS de 26 de octubre de 2012 «Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum». También STS de 4 de noviembre de 2016 y STS de 13 de octubre de 2014.

³² SAP de Valladolid de 23 de marzo de 2009, SAP de Valladolid 7 de mayo de 2009 y SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, STS de 10 de marzo de 2015.

³³ SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2008 y SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009.

³⁴ STS de 30 de abril de 2014 y STS de 26 de marzo de 2015

³⁵ STS de 26 de octubre de 2016 «Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial [...]»

³⁶ Artículo 232 TRLC.

³⁷ Artículo 1.291 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil (en adelante CC).

³⁸ STS de 24 de julio de 2007 y STS de 26 de octubre de 2012 «el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el del Có-

digo civil (art. 1292) [...] cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido».

³⁹ STS de 26 de octubre de 2012, en esta línea también STS de 26 de octubre de 2016.

⁴⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *op. cit.* 853.

⁴¹ SSTs de 27 de marzo de 2014, 17 de abril de 2015, 10 de julio de 2013 y 1 de noviembre de 2014.

⁴² STS de 30 de mayo de 2018, STS 21 de junio de 2018 y STS de 7 de marzo de 2018.

⁴³ STS de 26 de octubre de 2012.

⁴⁴ Entre otras la STS de 7 de marzo de 2018, STS de 26 de abril de 2018, STS de 21 de junio de 2018, etc. «Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la par condicio creditorum, es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años. De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años».

⁴⁵ STS de 26 de octubre de 2016.

⁴⁶ STS de 4 de noviembre de 2016.

⁴⁷ artículo 229 TRLC.

⁴⁸ artículos 227 y 228 del TRLC.

⁴⁹ artículo 230.1 artículos 227 y 228 del TRLC.

⁵⁰ SSTs de 17 de febrero de 2015, 10 de julio de 2013 y 26 de octubre de 2016.

⁵¹ TORRES DE CRUELLES, J. *op. cit.* 13. De ahí que el seguro de impagos se denomine seguro de crédito.

⁵² IBIDEM, 14.

⁵³ HOPT, K.J. & MÜLBERT, P.O. (1989) *Kreditrecht. Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht*, Berlin: J. Schweitzer Verlag KG & de Gruyter, pg. 54.- „Voraussetzung für die Kreditgewährung ist das Vertrauen des Kreditgebers auf die Zahlungsunfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Kreditnehmers, sog. Kreditwürdigkeit (Kredit von lateinisch credere). Dieses mehr oder weniger ausgeprägte Vertrauen ist für das Kreditgeschäft typisch.”

⁵⁴ Aceptación del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. APODACA Y OSUNA, F. (1945), *Presupuestos de la quiebra*. México D.F.: Editorial Stylo. pg. 23.- «La palabra crédito significa confianza».

⁵⁵ TORRES DE CRUELLES, J. *op. cit.* 14.

⁵⁶ APODACA Y OSUNA, F. *op. cit.* 24.

⁵⁷ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. (1949), *Código civil comentado: Del mandato*. Tomo XXVI. Volumen I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 19. «A la tutela de la producción está ligada la tutela del crédito, que es el presupuesto del desenvolvimiento de la economía general; el crédito, en efecto, estimula la producción, incrementa los cambios, hace fecundos aquellos capitales que inmovilizados no podrían representarse como riqueza real».

⁵⁸ Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1891 que regulariza el Registro Hipotecario nace con un norte muy definido: «La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases donde descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario».

⁵⁹ STS de 18 de abril de 1929. ROJO, A. y TIRADO, I. en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.) *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson- Civitas, 2004. Tomo II, 472.- «...esta segunda función (satisfacción de la colectividad crediticia). —en que está presente el interés público— no podría satisfacerse». GARRIGUES, J. *op. cit.* 1960. Tomo II, 3.- «Así resulta que las obligaciones son los vehículos jurídicos para la circulación de los bienes (tráfico) y para la conjugación de los elementos de producción (organización). El sistema económico moderno descansa fundamentalmente sobre el vínculo de las obligaciones jurídico-privadas».

2. DERECHO MERCANTIL

El innecesario requisito de crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto de la acción de simulación contractual concursal

The unnecessary pre-existing credit requirement to the simulated contract for the bankruptcy contract simulation action

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: La exigencia como requisito para el ejercicio de la acción de simulación contractual en el concurso de acreedores de un crédito preexistente al contrato simulado implica una indebida equiparación de esta acción de simulación a la acción pauliana.

ABSTRACT: *The requirement for the exercise of the contractual simulation action in the bankruptcy of a pre-existing credit to the simulated contract implies an undue confusion of this simulation action to the Paulian action.*

PALABRAS CLAVE: Acción de simulación contractual en el concurso de acreedores.

KEY WORDS: *The requirement for the exercise of the contractual simulation action in the bankruptcy.*

SUMARIO: I. LA ACCIÓN PAULIANA Y LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN SON DOS ACCIONES JURÍDICAS DIFERENTES.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN CONCURSAL.—III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ACCIÓN PAULIANA Y LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN SON DOS ACCIONES JURÍDICAS DIFERENTES

Plantearse que en el ejercicio de una acción de simulación contractual efectuada en el seno de un concurso de acreedores sea necesario exigir un perjuicio

al acreedor concursal instante *ex* artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR), supone a nuestro juicio confundir los requisitos que han de tenerse presente para el ejercicio de una acción de simulación con los que se precisan para el ejercicio de la acción pauliana.

O sea, el régimen de ejercicio de las acciones de Derecho común que pueden ejercitar los acreedores como mecanismo de defensa de su derecho de crédito concursal al margen de la típica y propia del concurso de acreedores como es la acción rescisoria concursal no puede revestirse de requisitos ajenos a los que podamos extraer del Derecho común dada la ausencia de regulación específica al respecto, ya que la remisión que hace el referido artículo 238 TRLC a los requisitos de legitimación previstos para la acción rescisoria no desproveen a la acción de simulación del requisito de legitimación propia de la misma, como es el interés en el ejercicio de la acción.

Entender aplicable el, por otro lado, cada vez más atenuado requisito del perjuicio preexistente para el ejercicio de la acción pauliana en el seno de un concurso de acreedores (o antes en la quiebra) a la acción de simulación no supone desde nuestro punto de vista más que un incorrecto entendimiento del contenido y alcance de ambas acciones jurídicas.

En estas situaciones en las que atendemos al posible ejercicio de la acción que podríamos denominar de simulación concursal, el perjuicio del acreedor preexistente o no, sí existiría, pues la merma de la masa activa del concurso se habrá visto producida como consecuencia de un negocio jurídico simulado efectuado aunque fuera con carácter previo al crédito concursal, no debiendo olvidarse o ignorarse como venimos sosteniendo que las acciones rescisorias y las de simulación persiguen la protección de un interés jurídico diferente por lo que no se puede precisar los mismos requisitos de la pauliana para la acción de simulación, pero no adelantemos acontecimientos.

Es decir, generalmente la simulación absoluta denunciada lo es por inexistencia de causa onerosa (por ej. inexistencia de precio en la compraventa) por lo que la falta de uno de los elementos del negocio jurídico como es el de la causa no puede conllevar más que la nulidad del mismo, con independencia de la ilicitud causal, pese a que usualmente también sea predicable dicho ilícito en función de la merma de la masa activa del concurso y del perjuicio para la masa que habrá supuesto el negocio simulado absoluto denunciado por el acreedor en cuestión. Por tanto, en nuestra opinión, el perjuicio que ha de valorarse en esta acción de simulación no es el del acreedor particular sino el de la masa activa del concurso.

De esta forma, la jurisprudencia concibe «*el perjuicio para la masa activa*» como un sacrificio patrimonial injustificado «*en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación*» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio). ¿No supone además para la masa activa el negocio simulado una minoración de activo injustificable?, por supuesto que sí.

Como creemos que hay que sostener, puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia que hace referencia a la «*causa ilícita*» se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente justamente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación.

Pueden existir propósitos negociales de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales pueden diferenciarse simulaciones absolutas con causa lícita y con causa ilícita, aunque la simulación absoluta implique siempre la nulidad absoluta del negocio, pues «*los contratos sin causa... no producen efecto alguno*» según prevé el artículo 1275 del Código civil, por lo tanto la ilicitud no es presupuesto de la simulación, como viene afirmando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Es decir, la misma por el mero hecho de la inexistencia de causa onerosa que normalmente se producirá en los alegatos de simulación contractual (falta de precio) debe quedar claro que existe también un perjuicio a los acreedores que es el que supone la merma de la masa activa, sin que tengamos que estar al interés de ningún acreedor particular como pueda sostenerse desde un punto de vista sesgado del problema objeto de análisis, ya que ello supone desconocer no solo el presupuesto de la legitimación de la simulación desde el «*interés legítimo*» sin necesidad de acreditación de perjuicio, sino desatender el interés del concurso, por cuya cuenta litiga un acreedor con legitimación subsidiaria, *ex* artículos 122 y 238 de la Ley TRLC. Creemos que resulta gráfica la expresión del citado artículo 112 del TRLC, cuando con acierto sostiene que el acreedor con la legitimación subsidiaria que le concede el artículo 238 TRLC litiga «*en interés de la masa*».

Exigir por tanto un crédito preexistente al negocio simulado digno de tutela para el acreedor concursal pretendiente, ¿no supondría la búsqueda del interés particular por encima del interés de la masa? Sin duda alguna en nuestra opinión.

En realidad, la remisión que realiza el artículo 238 del TRLC a la legitimación de la acción de Derecho común a la acción rescisoria concursal lo es en cuanto a la necesaria subsidiariedad de la que goza la legitimación activa indirecta del acreedor (art. 232 TRLC y art. 10.2 LEC) que le legitima para actuar en juicio para la defensa de un derecho del que no es titular, pero sin que eso implique una dilución de los requisitos propios de cada acción de Derecho común. O sea, en la acción de simulación concursal será necesario la apreciación y acreditación del requisito de la subsidiariedad de la acción propia del régimen concursal de la misma, pero sin diferenciarse en cuanto al resto de requisitos constituyentes para la legitimación causal de aquellos otros que se necesitan en la acción de simulación ordinaria, o sea, siendo por tanto bastante la existencia de un interés legítimo aunque particularizado en esta situación concursal en cuanto a constancia de interés legítimo de la masa.

No obstante, la compleja distinción entre la acción de nulidad y la acción rescisoria cuando su fundamento es el fraude de acreedores no es menos cierto que como ya se puso de manifiesto en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4939)*, en esta compleja distinción entre los supuestos de nulidad por causa ilícita y rescisión por fraude de acreedores, se hace referencia en la primera categoría a los supuestos de inexistencia de contrato por simulación absoluta.

De nuevo volvemos a colacionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100588), que razona amplia y suficientemente, sobre el particular lo siguiente:

«*NOVENO.- Decisión de la Sala. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de nulidad por causa ilícita, y de la acción rescisoria o pauliana*

1. *La cuestión jurídica que se plantea en estos dos motivos del recurso de casación es si el fraude de acreedores puede ser esgrimido como fundamento del ejercicio de diversas acciones encaminadas a obtener la declaración de ineficacia del negocio o acto jurídico, o si solo puede servir de fundamento a la acción rescisoria por fraude de acreedores (o a la acción de nulidad por simulación, admite también Indesur).*

La respuesta a esta cuestión debe ser que el fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de la acción rescisoria, cuando se trata de un negocio efectivamente celebrado pero con la finalidad de defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes, o a fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando solo hay una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores. También puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita.

Ciertamente, tales acciones no pueden ejercitarse en cualquier situación en la que se haya concertado, al menos aparentemente, un negocio jurídico y se haya producido un fraude para los acreedores, sino que dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos y de la naturaleza de ese «fraude de acreedores», podrán ejercitarse unas u otras, o hacerse alternativamente para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra.

2. *Cuando existe una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta. Siendo cierto que la causa de la simulación no tiene por qué ser necesariamente ilícita (puede ser la discreción, la jactancia, la confianza), es habitual que lo sea, y puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio. Por tanto, existiendo simulación absoluta, que la «causa simulandi» [causa o motivo de la simulación] sea el fraude de acreedores no implica que solo pueda ejercitarse por el acreedor defraudado la acción rescisoria. Declara al respecto la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 976/2006, de 16 de octubre:*

«[...] la idea y la expresión de un fraude conviene también a los supuestos de simulación absoluta como expresión del propósito empírico de las partes que diseñan una operación aparente precisamente para evitar que el bien cuya transmisión se finge quede sometido a la ejecución entablada. Esto es, que la expresión o la constatación del fraude no conduce necesariamente al remedio de la acción revocatoria o pauliana, sino que, cuando además de producirse el intento fraudatorio, se hayan dado otras circunstancias, como es en el caso la inexistencia de causa, la falta de precio, puede decirse que, además de fraude, no hay contrato. La incompatibilidad señalada por la jurisprudencia entre una acción dirigida a establecer la nulidad y otra (la revocatoria o pauliana) que presupone la validez, pero en la que el fraude determina la ineficacia relativa (Sentencias de 10 de octubre de 2001, 7 de junio de 1990, 30 de mayo de 1997, 17 de abril de 1943, etc.) no puede llevarse al efecto de que una y otra no puedan ser ejercitadas en la misma demanda, si bien una con carácter principal y la otra, como corresponde a su naturaleza, subsidiaria (arts. 1291.3.º y 1294 del Código civil; Sentencias de 14 de diciembre de 1993, 28 de junio y 5 de diciembre de 1994, 28 de diciembre de 2001, 31 de diciembre de 2002, etc.)».

El acreedor, en tanto ostenta un interés legítimo, puede ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es imprescriptible, pues se trata de una nulidad ipso iure [por virtud del Derecho, por determinación de la ley], insubsanable y con efectos erga omnes [frente a todos] (sentencias de esta Sala de 23 octubre de 1992, RC núm. 1746/1990, y núm. 32/2003, de 21 de enero). El fraude de acreedores constituye en tal caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado justamente por el hecho de haber sido defraudado mediante la simulación de un negocio traslativo que impidió trabar los bienes del deudor para la satisfacción de su crédito, y refuerza la justificación del régimen de nulidad contractual pues la misma se encontraría no solamente en el defecto interno derivado de la carencia de uno de los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC) sino también en el elemento defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.

Así lo hemos declarado en la sentencia núm. 265/2013, de 24 de abril.

3. En el caso de que no estemos ante una mera apariencia negocial pues las obligaciones contraídas por las partes y la voluntad de contraerlas son reales, puede acontecer que el fraude sea el propósito perseguido por ambas partes y que justifica la celebración del negocio.

Como afirmábamos en la sentencia núm. 265/2013, de 24 de abril, en principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al artículo 1275 del Código civil (sentencias núm. 760/2006, de 20 de julio, 83/2009, de 19 de febrero, y 215/2013, de 8 de abril, entre otras) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia núm. 426/2009, de 19 de junio, y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 83/2009, de 19 de febrero, con cita de otras dos anteriores, «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (SS. de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmorale o ilegal común a todas las partes (SS. de 22 de diciembre de 1981 y 24 de julio de 1993)». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la posterior sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril, y 498/2014, de 23 de septiembre.

Este propósito fraudulento común a los contratantes, que constituye la causa ilícita invalidante del contrato, puede ser también el de defraudar a los acreedores.

En tal caso, puede considerarse que el propósito ilícito común de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil, y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio. En estos casos, el fraude de los acreedores (o de algunos de ellos) no constituye la consecuencia de un contrato válido, sino la causa del contrato que, por su ilicitud, determina desde el inicio su ineficacia estructural.

En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 181/2000, de 1 de marzo, consideró que un determinado contrato de compraventa que se celebró «con el fin de sustraer del patrimonio de los demandados y con ello provocar la ineffectividad del crédito de la parte actora, [...] al configurarse en una causa ilícita —“fraude creditoris”— debe ser declarado nulo». La sentencia núm. 395/2007, de 27 de marzo, se planteaba que «la pregunta que procede es si solo el fraude da lugar a la rescisión o puede tratarse de una causa ilícita que produzca la nulidad, conforme al artículo 1275. La respuesta es positiva, en su segundo inciso. El propio artículo 1305 contempla la nulidad que proviene de la ilicitud de la causa, si el hecho constituye un delito o falta». Y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 422/2010, de 5 de julio, afirmó que determinados supuestos de actos para defraudar constituyen un supuesto paradigmático de actos con causa ilícita y nulos, y que uno de tales supuestos era el del fraude de acreedores».

Es cierto, que el Tribunal Supremo no ha establecido criterios o pautas a seguir, habiendo incluso comprendido en el concepto de causa ilícita supuestos tan heterogéneos como contratos para perjudicar a un tercero, en fraude de acreedores o herederos legítimos, contratos en los que se retribuyen servicios gratuitos, etc.

Sin embargo, la trascendencia es mayúscula. Y no solo en supuestos en los que la acción de rescisión estuviera caducada en atención al plazo de duración de cuatro años que establece el artículo 1299 del Código civil y, por tanto, en un absurdo se permitiera eludir la caducidad por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Existen casos en los que, en base a la prueba practicada, podría estimarse la demanda en atención a la acción de nulidad entablada y no con los fundamentos propios de la acción de rescisión. A diferencia de lo que sucede en régimen de prueba del perjuicio en la acción rescisoria concursal, en el ámbito de las acciones de rescisión clásicas u ordinarias, el perjuicio al defraudar a los acreedores tiene que tener lugar y probarse en el mismo momento en que se ejecuta el acto fraudulento. Sin embargo, en casos de nulidad por causa ilícita, este requisito no concurriría y, por tanto, teniendo presente que la maquinación fraudulenta pudiera ser más refinada o rebuscada, el perjuicio para los acreedores se podría presentar y concretar en otro momento.

Nos resultan interesantes al respecto las reflexiones de JUÁREZ TORREJÓN¹ sobre las acciones pauliana y simulatoria y por ello tomamos a continuación determinadas ideas de dicho autor que consideramos relevantes a los efectos que nos proponemos.

La identificación entre ambas acciones para la exigibilidad del mismo presupuesto (perjuicio particular preexistente) supone la falta de contemplación que entre dichas acciones jurídicas, existen importantes diferencias, que impiden estudiar conjuntamente los efectos de la nulidad / anulabilidad, por un lado, y de la rescisión, por otro: la nulidad / anulabilidad atacan a la validez del negocio, y niegan su realidad en el mundo jurídico; la rescisión, por el contrario, no niega el contrato como realidad, sino su eficacia, para salvaguardar los intereses que justifican la rescisión.

Nos recuerda JUÁREZ TORREJÓN que MANRESA resulta especialmente claro al respecto en cuanto a la posible confluencia de ambas acciones: «no encontramos en el texto superior de la ley [la] (...) limitación que supone la palabra «solo», y además, examinando la cuestión, en sus fundamentos vemos que los mismos perjuicios para tercero, ocasionados por un contrato válido, que son motivo de la rescisión, pueden ocasionarse por un contrato anulable (...). Además, examinando los distintos casos que enumera el artículo 1291, y el desenvolvimiento del tercero en el 1297, vemos en él ocasión para el ejercicio de las acciones rescisorias por los acreedores; se trata casi siempre de contratos con causa falsa o ilícita, para defraudar á aquellos, es decir, con vicios que pueden motivar la nulidad del contrato. (...) Es, pues, compatible la acción rescisoria de estos con la de nulidad de los contratos». Y añade: «Lo que sí sucede es, que la posibilidad de la rescisión no supone necesariamente la nulidad del contrato»².

Efectivamente, coincidimos con JUÁREZ TORREJÓN³ cuando afirma que: «los acreedores no necesitan de una especial protección para defenderse frente a los actos o negocios que, siéndoles perjudiciales, resultan también nulos, salvo que las consecuencias de la nulidad no les satisfaga. En otras palabras: si la acción revocatoria se reconoce a los acreedores, es porque a través de ella los legitimados para su ejercicio consiguen una protección que, de otra forma, no podrían obtener. Por ello, la acción revocatoria debe operar independientemente de las acciones de nulidad, y de igual forma, los efectos de unas y otras operan también sin excluirse.

Es decir: la cuestión radica en si la acción revocatoria añade a los acreedores “algo” que no pueden obtener por el solo hecho de la declaración de nulidad. Y la respuesta debe ser afirmativa, desde el momento en que los artículos 1305 y 1306, a pesar de la declaración de nulidad de un contrato, en determinadas hipótesis permite la retención de la prestación recibida, incluso, por el que ha participado en la causa torpe.

Los artículos 1305 y 1306 del Código civil, de espíritu verdaderamente sancionador inter partes mediante la “congelación” del status prestacional al tiempo de la declaración de nulidad, y por tanto como normas que excepcionan la regla lógica restitutoria de las prestaciones ejecutadas faltando causa justificadora de las mismas (nulidad del título), puede perfectamente no satisfacer a los acreedores del enajenante. La acción revocatoria por fraude de acreedores es, así, la vía de protección del acreedor lesionado por la disposición (fraudulenta) de su deudor. El particular carácter de la consecuencia restitutoria de la revocación por fraude de acreedores es totalmente compatible con las consecuencias previstas en los artículos 1305 y 1306, pues la revocación no presupone retroceso de los bienes al patrimonio del deudor, pues ese retroceso de los bienes está impedido por lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 (normas de carácter pseudosancionador). Nulidad y revocación por fraude no chocan entre sí, sino que se complementan (o han de complementarse), cada uno en su ámbito. Es así que cobra todo sentido aproximar la idea de restitución en estos casos, a la de inoponibilidad, limitada solo en favor de los acreedores demandantes de revocación, independiente de que, además, el contrato se haya declarado, o sea declarable, como nulo por causa ilícita.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar, como alternativa interpretativa, que el artículo 1290 del Código civil no está empleando la idea de contrato “válidamente celebrado” como contrapuesta a la de “contrato nulo”, sino probablemente como contrapuesto a la de contrato “simuladamente celebrado”.

Además, el negocio simulado no es en sí un negocio fraudulento ni un negocio ilícito, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro verdadero, para defraudar o cometer una ilicitud (*Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1987).

Por ello, si bien es fácil caer en la confluencia de acciones (pauliana y simulatoria) para la protección de los acreedores, ambas acciones tienen sus diferencias, principalmente, tales como las expuestas en relación con la restitución de prestación ya que la pauliana busca la inoponibilidad del acto mientras que la simulatoria la declaración de la nulidad del acto, así como la limitación de restitución de prestaciones que puede existir en los supuestos de causa ilícita y torpe.

La idea del perjuicio al acreedor gravita sobre la acción pauliana, así se prevé en el propio artículo 1294 (*«La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»*), sin embargo, la acción de simulación no requiere la existencia de «perjuicio» sino que la legitimación activa para la interposición de la misma ha sido requerida sobre la base de la necesaria apreciación de un «interés legítimo».

Por lo tanto, resulta absolutamente gratuita la exigibilidad del requisito del perjuicio como presupuesto para la legitimación activa de la acción de simulación contractual pese a que la misma se ejercite en el seno de un concurso de acreedores y tal inexactitud incide como no podía ser de otra forma en la grave incorrección de requerir un crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto para la apreciación de la legitimación activa en este caso. Si no se requiere perjuicio (aunque por otra parte lo haya, de forma indirecta y debida a la merma de la masa activa concursal que supone el negocio simulado) que presupone la inoponibilidad del acto, ¿cómo se va a exigir la existencia de un crédito preexistente al negocio simulado?, resulta dogmática y pragmáticamente imposible en función de los distintos intereses tutelados por ambas figuras.

En la acción de simulación, también los terceros de buena fe están autorizados para intentar la acción de simulación en tanto les asista un interés legítimo para ello, siendo tercero de buena fe el que no ha participado en el negocio simulado.

En este sentido es uniforme la doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, por todas, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) en la que se declaró que por el carácter absoluto de la nulidad declarada por la sentencia impugnada, *«la legitimación activa para obtener dicha declaración corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la Jurisprudencia de esta Sala, últimamente Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9648)»*. Con ese fundamento, el Tribunal Supremo admitió la legitimación activa de un Banco acreedor para intentar la acción de simulación tendente a obtener la nulidad de una sociedad anónima constituida por marido y mujer y el padre de esta última, habiéndose probado que pocos meses después de la constitución, el padre adquirió la totalidad de las acciones y al año siguiente las donó a su hija, de todo lo cual el Tribunal concluyó que la sociedad se había constituido con el exclusivo fin de trasladar la titularidad de unas fincas propias de la sociedad conyugal a favor de la esposa, traslación encaminada, causa falsa, a eludir la responsabilidad del marido, declarado en quiebra, frente a sus acreedores.

En cuanto a la admisibilidad de que un acreedor posterior al acto simulado tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción de simulación impugnan-

do el contrato celebrado por el quebrado ya fue resuelto favorablemente por la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) que reconoce la legitimación activa de un Banco en una quiebra para obtener la simulación, sobre la base de lo siguiente:

«QUINTO.

El motivo segundo, por el mismo cauce de amparo, denuncia la “no aplicación del artículo 524 y número sexto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por carecer los demandantes de legitimación activa contra los demandados”. Según este motivo, “para el ejercicio eficaz de la simulación de un contrato no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que quien actúa procesalmente con dicha finalidad, tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional” y (según este motivo) el Banco demandante y recurrido “carece de interés para accionar eficazmente sobre la nulidad de la constitución de la Sociedad ‘Diana’ llevada a efecto en el año 1974, y también de las operaciones mercantiles efectuadas por la misma, puesto que en repetido año 1974 y hasta 1983, el actor ‘Banco Central’ no ha probado esa condición ‘sine qua non’, razonando que las pólizas aportadas no denotan deudas anteriores al 31 de enero de 1983 que es la fecha de retroacción de la quiebra. Aparte la contradicción en que el recurso incurre al reconocer aquí la verdadera naturaleza de las acciones ejercitadas por la parte demandante e ignorarla en los motivos posteriores, según luego se comprobará, es lo cierto que por el carácter absoluto de la nulidad que declara la sentencia impugnada la legitimación activa para obtener dicha declaración corresponde a todo aquel que acredite un simple interés legítimo, con la amplitud de criterio de que es muestra la Jurisprudencia de esta Sala —últimamente, Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 22 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9648) que atribuye a la acción de nulidad por simulación además de carácter imprescriptible—, interés actual que ha de reconocérsele a la parte aquí demandante al enderezarse sus pretensiones a la integración del patrimonio del deudor siendo dicha parte la representación de la masa de acreedores y uno de los reconocidos en el juicio de quiebra”».

O sea, esta STS resuelve un caso de legitimación activa de simulación concursal (acreedor sin crédito anterior al negocio simulado sin que haya obstáculo para su aplicación pese a referirse al antiguo Derecho de Quiebras). Del extracto de la sentencia, se colige que a la fecha del negocio simulado (1974) el Banco no tenía crédito existente (ya que sus créditos son posteriores a 1983), reconociéndose el «interés legítimo» necesario para la impugnación de un negocio nulo puesto que sus pretensiones se destinan a la integración del patrimonio del deudor. Esto concuerda perfectamente con el artículo 122 de la Ley Concursal cuando dice que «...En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa...».

Por tanto, no es menester que los terceros justifiquen que la simulación lesiona un derecho subjetivo concreto, como sería el caso del acreedor que ve menoscabado su derecho de prenda general sobre el patrimonio embargable del deudor que ha dispuesto simuladamente de uno o más bienes, o del garante de dicho deudor a quien el acreedor ha ejecutado por la misma causa, sino que basta la constatación de su «interés legítimo» que en este caso se verifica mediante la litigación en interés de la masa buscando mediante las consecuencias del negocio simulado, la integración del patrimonio del concursado.

Resulta plenamente convincente esta tesis expuesta por la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1988 (1988/3146) porque lo que se trata

de dilucidar es si el acreedor tiene un interés digno de tutela al momento de ejercitar la acción, para lo cual no parece muy relevante conocer si ese interés existía o no cuando se celebró el negocio jurídico que se pretende impugnar. Por otro lado, parece apenas lógico pensar que cuando un deudor simula enajenaciones para reducir su patrimonio en perjuicio de los acreedores, lo hace teniendo en vista no solo a sus acreedores actuales sino también a los futuros.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN CONCURSAL

En este punto, sin embargo, cabe recordar —por todas la *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013 (RJ 2013, 2406)*— que la jurisprudencia dictada a propósito de la legitimación activa de la acción de nulidad por terceros interesados ha sido muy abundante. Con carácter general, ha declarado la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1611)* que es el carácter con el que el sujeto de derecho, como presunto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pretende su reconocimiento acudiendo al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la *Constitución Española (RCL 1978, 2836)* y se manifiesta en el sentido de que el tercero que no ha sido parte en un contrato sí tiene legitimación activa para reclamar la nulidad o inexistencia (caso de la simulación absoluta) siempre que tenga un interés legítimo o se vea perjudicado por el mismo.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 2001 (*RJ 2001, 3362*) dice:

«Cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones para el ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie la concurrencia de alguno de los vicios de consentimiento del artículo 1265; no siendo aplicables tales limitaciones a las demandas cuya finalidad sea conseguir la declaración de inexistencia o de nulidad radical de aquellos otros a los que se imputa la falta de alguno de los elementos esenciales (art. 1261) o la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Diversas resoluciones de esta Sala han declarado que estas últimas pretensiones, que instan el reconocimiento de la nulidad absoluta o la inexistencia de un contrato no se hallan sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1302, pudiendo ser deducidas no solo por quienes han intervenido en el otorgamiento del contrato a que se refieren, sino, además, por quienes hayan podido resultar perjudicados (Sentencias de 15 de Febrero de 1977 y 5 de Noviembre de 1990 (RJ 1990, 8462) y demás que en ellas se reseñan».

Lo que reitera la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2001 (*RJ 2001, 5078*).

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993 (*RJ 1993, 9884*) que:

«reconocida por constante y uniforme doctrina de esta Sala (sentencia de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1922, 12 de abril de 1955 (RJ 1955, 1128), 19 de octubre de 1959 (RJ 1959, 4872), 31 de mayo de 1963 (RJ 1963, 3592), 26 de diciembre de 1970, entre otras) la legitimación de un tercero (que no haya sido parte en el contrato) para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales

que determina el artículo 1261 del Código civil [LEG 1889, 27]) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención —art. 6.3 CC—) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato»

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6629), recoge «una reiteradísima y unánime jurisprudencia», señalando:

«En cuanto a la falta de legitimación del Banco por no haber sido parte en el contrato que se impugna cuando, como han dicho las sentencias de instancia, se ejercita una acción de nulidad por simulación o, en todo caso, se estaría ante la impugnación de la eficacia del contrato por fraude de los derechos del Banco actor, baste decir que una reiteradísima y unánime jurisprudencia, con la que se muestra de acuerdo la doctrina usual, señala la amplia legitimación para ejercer la acción de nulidad por inexistencia y la nulidad radical o de pleno derecho, de los terceros, aún cuando no hayan sido parte del contrato (entre muchas otras, Sentencias de 10 de abril de 2001 [RJ 2001, 6675], 17 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1338], 21 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8025], 24 de mayo, 14 de junio y 24 de julio de 2002 [RJ 2002, 6936], 5 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8464] —que la califica de «constante doctrina «y la remonta a la sentencia de 23 de septiembre de 1895— 15 de marzo de 1994, 7 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1942], etc., etc.»).

Argumentos a contrario pudieran realizarse partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1351), donde se niega la legitimación activa para solicitar la nulidad de una compraventa en un supuesto en que el demandante basaba su legitimación en que aquella perjudicaba sus derechos legítimos expectantes a la herencia de su madre.

Está claro que la legitimación activa de que estamos tratando en la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2004 está vinculada a la condición jurídica de *heredero*, que se adquiere con la apertura de la sucesión y posterior aceptación de la herencia. Antes de ello, no hay herencia ni heredero, ni derecho ni interés legítimo para impugnar un negocio simulado del futuro causante: a lo más una simple expectativa que no autoriza para el ejercicio de la acción simulatoria. Nadie discute lo anterior, pero se trata de un supuesto absolutamente diferente y diametralmente opuesto a la legitimación activa general de la acción de simulación concursal. En el caso del futuro heredero, precisamente lo que resulta ausente es el «interés legítimo», ya que este no se puede acreditar por lo menos hasta la apertura de la sucesión y en su caso vocación y delación hereditarias. O sea, no es que se esté requiriendo un requisito de preexistencia en el interés legítimo, sino que lo que se está valorando es la existencia o no de ese interés legítimo y está claro que alguien que se crea futuro heredero carece por completo del mismo para impugnar los actos del que hipotéticamente pueda ser su causante.

Por ello y por lo ya argumentado con anterioridad, podemos efectivamente concluir a estas alturas que la legitimación activa de la acción de simulación contractual no requiere la preexistencia del crédito so pena de cercenar una defensa efectiva del interés concursal sin base suficiente para ello, sin que el recurso a situaciones muy particulares que se hayan analizado en la Jurisprudencia acerca de la legitimación activa en la simulación extraconcursal puedan servir tampoco como elemento justificativo del debatido requisito.

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL

Por otro lado, siguiendo a Carmen JÉREZ DELGADO⁴, podemos exponer lo siguiente:

«Tradicionalmente se ha requerido, como presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, que el crédito que legitima al acreedor para accionar sea anterior a la realización del acto que se impugna, pues en otro caso es difícil afirmar que el acto haya sido dañoso del crédito al tiempo de realizarlo o que las partes lo hubieran realizado con este fin o con conocimiento de la lesión que se causaba. Es decir, la regla general legitima para el ejercicio de la acción al titular de un derecho de crédito anterior al acto impugnado. Sin embargo, desde muy pronto se admitió cierto margen de flexibilidad en este punto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el ejercicio de la acción cuando el crédito no solo no era exigible al tiempo de la realización del acto impugnado, sino cuando el crédito —aun no existiendo al tiempo de la realización del acto del deudor— fuera de próxima o previsible futura existencia. Se exponen a continuación algunos ejemplos de la jurisprudencia reciente, a los que cabe añadir otros muchos:

— Caso 1: Enajenaciones de inmuebles en el intervalo que media entre la desestimación en primera instancia de la reclamación del crédito y su estimación por la Audiencia Provincial.— Habiendo sido impugnados varios contratos de compraventa de inmuebles celebrados entre empresas, se alegó por la parte demandada y recurrente, entre otros argumentos, que al tiempo de la realización de los negocios impugnados, la reclamación del crédito correspondiente a la empresa demandante había sido desestimada por el juez de primera instancia y que solo años después había devenido firme la sentencia de la Audiencia Provincial estimatoria de la demanda (de reclamación del crédito). El Tribunal Supremo⁵, citando abundante jurisprudencia reciente, desestimó el motivo alegado y declaró que si bien es doctrina de la Sala la que exige que el crédito en virtud del cual se impugna el acto sea anterior al mismo, esto no ha de entenderse en sentido estricto, sino «en términos generales», ya que ni es necesario que sea exigible, «ni que esté reconocido por el deudor», ni se excluye siquiera el crédito futuro en caso de «próxima y segura (o muy probable [...]) existencia posterior».

— Caso 2: Adquisición y donación de inmuebles por el avalista en el periodo que media entre la realización del contrato de aval solidario y el impago de las letras por el deudor principal.— En primera instancia se apreció la simulación de la donación de dos inmuebles por el fiador solidario de una sociedad (presidente de la misma) y su mujer, a favor de su hijo (secretario de la sociedad avalada). La Audiencia Provincial revocó la anterior y desestimó la demanda, por considerar que ni se ha probado la simulación, ni cabe estimar la acción ejercitada subsidiariamente de rescisión por fraude de acreedores, ya que al tiempo de realizarse la donación el demandado «no era deudor pues no había vencido aún la primera letra impagada», a lo que se añade que adquirió uno de los inmuebles «con posterioridad a haber asumido la condición de fiador». Por esta razón —alega la Audiencia dicho inmueble no puede tenerse «en consideración a la hora de valorar el patrimonio del fiador». El Tribunal Supremo⁶ estimó el recurso de casación y apreció la rescisión por fraude de acreedores, recordando que es doctrina jurisprudencial reiterada la que en lugar de «propugnar un auto-

matismo radical» en lo relativo al tiempo de exigibilidad del crédito, «acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad», atendiendo al caso concreto.

El alto tribunal, corrigió la doctrina de la Audiencia y declaró que el demandado era deudor desde el momento en que se contrajo la fianza y no desde que el crédito venció y no fue satisfecho. Dada la condición de presidente y secretario de la sociedad avalada que correspondía, respectivamente, a donante y donatario, es necesario considerar que «debían conocer la marcha económica de la empresa», por lo que «la probable existencia futura de impagos era bien conocida», aspecto que —concurriendo los restantes requisitos para el ejercicio de la acción— se considera suficiente para estimar la demanda de rescisión por fraude.

— Caso 3: Impugnación de préstamo hipotecario constituido antes del vencimiento del crédito de la entidad demandante.— Se alegó en casación que la Audiencia Provincial había infringido la doctrina jurisprudencial según la cual el requisito de la preexistencia del crédito debe interpretarse de modo flexible, prestando atención al caso concreto, pudiendo admitirse el ejercicio de la acción cuando la futura existencia del crédito es manifiesta al tiempo de realizarse el acto impugnado, o cuando se trata de créditos existentes pero no exigibles al tiempo de la realización del acto fraudulento. El Tribunal Supremo⁷ concedió que efectivamente debía reconocerse que el crédito de la entidad demandante era anterior a la realización del acto impugnado, pese a que no estuviera vencido al tiempo de celebrarse este último, aunque no hubo lugar a la casación de la sentencia anterior al no estimarse probado que la entidad bancaria que otorgó el préstamo hipotecario impugnado tuviera conocimiento de la lesión que se causaba.

A las sentencias citadas cabe añadir, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2005, núm. 10/2005, Sala de lo Civil, Sección 1, en que fue ponente D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (*RJ* 2005, 1620); o la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2003, núm. 814/2003, Sala de lo Civil, Sección Única, en que fue ponente Don Román GARCÍA VARELA (*RJ* 2003, 5864).

En su sentencia de 28 de diciembre de 2001, núm. 1268/2001, en que fue ponente Don Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (*RJ* 2002, 3093), el Tribunal Supremo declara procedente el ejercicio de la acción cuando la deuda había nacido antes del acto impugnado, aunque su cuantía se había concretado con posterioridad (deuda tributaria). En la Sentencia del 11 de octubre de 2001, núm. 927/2001, en que fue ponente Don Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (*RJ* 2001, 8629), el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) resolvió un supuesto en que el matrimonio demandado no había declarado el incremento de patrimonio obtenido como consecuencia de una venta y, posteriormente, realizó una donación a favor de sus hijos, quedando en estado de insolvencia. El alto tribunal declaró que, aunque la donación impugnada se realizó antes de que la Inspección de Tributos levantara actas de conformidad con propuesta de liquidación de la deuda originada por el incremento de patrimonio por la venta no declarada y las sanciones e intereses de demora de los vendedores, el hecho de que la deuda fiscal hubiera nacido antes de la donación, legitima suficientemente a la Inspección de Tributos para impugnar dicha donación, al no haberse reservado los donantes bienes para el pago del impuesto y sanciones correspondientes a su actuación. A mayor abundamiento, la sentencia recuerda que “la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (...) siendo preciso que cada caso se estudie en concreto”.

Es decir, ni siquiera para la acción pauliana se exige rotundamente por la jurisprudencia la necesidad de un crédito preexistente del acreedor perjudicado, por lo que no consideramos que este requisito de preexistencia pueda justificarse incluso mediante la extrapolación a la acción de simulación concursal

de un requisito que tampoco podemos predicar con carácter general de la acción pauliana concursal.

La singularidad de ambas acciones incluso predicable en cuanto a la legitimación activa para su ejercicio no puede quedar desdibujada por el hecho de su ejercicio en sede concursal, ya que ambas tienen sus singularidades propias. No podemos sostener una unificación en el régimen de ejercicio de ambas acciones más allá del que propiamente ha querido sostener el legislador concursal cuando se refiere a la aplicación a estas acciones de Derecho común de los requisitos de la acción rescisoria concursal, a saber, la legitimación [subsidiariedad], procedimiento y apelación propias de las acciones rescisorias concursales.

V. BIBLIOGRAFÍA

JÉREZ DELGADO. La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*. Número 28 (enero-abril), 2013.

JUÁREZ TORREJÓN. La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho Patrimonial. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXI, 2018, fasc. IV.

MANRESA. *Comentarios al Código civil*, t. VIII, 1907.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 13 de abril de 1988 (1988/3146)
- STS de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9884)
- STS de 25 de abril de 2001 (RJ 2001, 3362)
- STS de 23 de junio de 2001 (RJ 2001, 5078)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3093)
- STS de 26 de julio de 2003 (RJ 2003, 5864)
- STS 145/2004, de 28 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1351)
- STS de 21 de enero de 2005 (RJ 2005, 1620)
- STS de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6629)
- STS de 12 de noviembre de 2008, núm. 1088/2008 (RJ 2009, 405).
- STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 562)
- STS de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1611)
- STS de 16 de enero de 2013 (RJ 2013, 2406)
- STS de 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100588)

NOTAS

¹ JUÁREZ TORREJÓN. La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho Patrimonial. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXI, 2018, fasc. IV, 1277-1350.

² MANRESA. *Comentarios al Código civil*, t. VIII, 1907, 727.

³ *Vid. op. cit.* 1315.

⁴ JÉREZ DELGADO. La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*. Núm. 28 (enero-abril), 2013.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 25 de junio de 2010, núm. 406/2010. Fue ponente Don Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (*RJ* 2010, 5413).

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 12 de noviembre de 2008, núm. 1088/2008. Fue ponente Don Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. (*RJ* 2009, 405).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) de 12 de julio de 2011 [Núm. de Resolución: 562/2011], en que fue ponente Don Xavier O'CALLAHAN MUÑOZ.

3. URBANISMO

La inscripción de la división y segregación de fincas por antigüedad

Registration of divisions and segregations of plots because of prescription

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis de los requisitos para la inscripción de las divisiones y segregaciones de fincas que no cuentan con habilitación administrativa pero respecto de las cuales hubieran transcurrido los plazos previstos para el restablecimiento de la legalidad infringida.

ABSTRACT: Analysis of the requirements for the registration of the divisions and segregations of farms or plots without any administrative authorization when the periods for the restoration of the infringed legality have elapsed.

PALABRAS CLAVE: Parcelación. Segregación. División. Licencia. Antigüedad. Prescripción. Restablecimiento de la legalidad.

KEY WORDS: *Parcelling. Segregation. Division. License. Limitation period deadline. Restoration of legality.*

Resolución de 19 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS URBANÍSTICOS POR ANTIGÜEDAD. 2. FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO REGISTRAL DE ESTAS OPERACIONES. 3. MEDIOS DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DE LA PARCELACIÓN. 4. OTROS REQUISITOS URBANÍSTICOS. 5. LA CUESTIÓN INTERTEMPORAL.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de segregación otorgada en el año 1978 acompañada de una certificación del Ayuntamiento en que se señala que no consta ninguna licencia de segregación relativa a la finca ni la apertura de expediente de disciplina urbanística, reconociendo que desde

el año 1976 se refleja en el Catastro que la porción segregada constituye una parcela independiente con los linderos y formas actuales, deduciendo de ello que la división de la parcela es anterior a las Normas Subsidiarias de planeamiento. Igualmente se dice en la certificación municipal que el Ayuntamiento adoptó el acuerdo de denegar la licencia de segregación solicitada en su día por no cumplir la parcela denominada resto de finca matriz, con las alineaciones oficiales estipuladas en dichas Normas Subsidiarias. Se acompaña también certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela segregada en la que consta la existencia de una edificación efectuada en el año 1970.

La calificación de la escritura fue negativa, suspendiéndose la inscripción, entre otros motivos, por faltar la licencia de segregación de la parcela o la declaración municipal de su innecesidad.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución estima el recurso revocando la calificación registral en este punto con base en los apartados 2 y 3 de los fundamentos de derecho, que se transcriben a continuación:

«2. Respecto al primero de los defectos señalados, procede recordar aquí la doctrina definida por este Centro Directivo —cfr. Resolución de 14 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— en materia de inscripción de actos de división o segregación de fincas y el cumplimiento de la legalidad urbanística, que ante el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable no exigía licencia para la misma o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales, esta Dirección General ha sostenido —cfr. Resolución de 7 de marzo de 2017, por todas— lo siguiente: El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior; siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infringiéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquellas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código civil.

Este Centro Directivo, interpretando dicha corriente jurisprudencial (*Vid.* Resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012), ha abordado el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiéndose que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un

acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código civil.

Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación material o sustantiva vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, admitiendo la inscripción de una segregación practicada en el año 1974, por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que “consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita”, añadiendo esta Dirección General que “no bastaría con constatar que haya prescrito la posible infracción, sino que es preciso que, además, no sea posible ya el ejercicio de potestades de protección de la legalidad urbanística que hubiera podido infringirse, ya que, como establece claramente el artículo 203 de la misma Ley [de Madrid], «las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley”.

Esta doctrina fue reiterada en Resoluciones de 5 y 26 de mayo de 2015, en las que el Ayuntamiento declaró la innecesariedad de licencia, pues “la fecha de otorgamiento del título es anterior a la entrada en vigor de la Ley 4/92 de la Generalitat Valenciana”.

La propia jurisprudencia ha reconocido el hecho de que las divisiones o segregaciones sigan el régimen general que es el de cualquier obra o actuación ilegal frente a la que no puedan adoptarse medidas de restauración de la legalidad urbanística, a saber, una situación que presenta similitudes con la de “fuera de ordenación” —cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 16 de septiembre de 2005 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2013; *vid.*, también, los artículos 238.1.c) de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, y 185 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, tras la reforma por Ley 6/2016, si bien, por vinculación a la edificación en situación asimilada a fuera de ordenación—.

Por ello, a falta de una norma que declare expresamente la nulidad radical del acto jurídico de segregación sin licencia —cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006— o un pronunciamiento judicial en tal sentido —*Vid.* Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010—, este tratamiento registral es compatible con la eficacia civil y situación consolidada del acto jurídico, en principio, desde el punto de vista urbanístico, por razón de su antigüedad.

Las cautelas desde el punto de vista de la protección de legalidad urbanística y la información a terceros se basarán en la comunicación posterior a inscripción que hará el registrador tanto al Ayuntamiento como a la comunidad autónoma, con constancia en el asiento y en la publicidad registral, como prevén los artículos 28.4 y 65.3 de la Ley estatal de Suelo, salvo que, como dispone el propio precepto se haya practicado previamente alguna medida cautelar acordada por la Administración —cfr. Resolución de 16 de julio de 2013—.

Y todo ello, lógicamente, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo que habrá de ser observado en cualquier caso, en especial, el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio —norma adjetiva o procedimental—, en cuanto al deber del registrador de remitir copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente para que adopte el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio —cfr. Resolución de 25 de abril de 2014—.

Se trata de una doctrina que permite compatibilizar, por un lado, el reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente por los propietarios y, en principio, consolidados desde un punto de vista urbanístico —*Vid.* el preámbulo del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, sobre el fundamento de la reforma del artículo 20 de la anterior Ley de Suelo—, con la función preventiva que desempeñan tanto notarios como registradores en el control de legalidad urbanística de los actos de parcelación.

Tal labor preventiva se concreta, como se ha expuesto anteriormente, en la acreditación del título administrativo habilitante previsto en la respectiva legislación aplicable para la división o segregación documentada en la escritura, título que será ordinariamente la licencia de parcelación, pero también aquel por el que, sin denegarla, el órgano administrativo competente declare la improcedencia de conceder licencia al acto de segregación por haberse formalizado con anterioridad a la normativa vigente y haber transcurrido los plazos de restablecimiento de la legalidad.

Este último caso de parcelaciones de cierta antigüedad, según se razona, presenta semejanzas con la situación jurídica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto, no requiere previa declaración municipal, mas no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatarse a efectos registrales.

Por ello, la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo a los actos de división o segregación debe ser matizada diferenciando entre los actos relativos a edificaciones o elementos integrantes de edificaciones y los actos afectantes al suelo, la parcelación propiamente dicha.

Son estos últimos a los que se refiere la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015 y la más reciente de 19 de febrero de 2018, en el sentido de que para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo norma registral temporalmente aplicable— la oportuna

licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar; conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

3. En el presente expediente se pretende la inscripción de una escritura otorgada el día 17 de octubre de 1978, y se acompaña certificado en el que se señala por parte del Ayuntamiento que no consta ninguna licencia de segregación relativa a la finca, no consta expediente en materia de disciplina urbanística, más reconociendo que en la cartografía catastral desde el año 1976, se refleja catastralmente que la finca es una única finca catastral y con los linderos y formas actuales, por lo cual la parcela era anterior a la aprobación de las NNSS, si bien no consta segregada registralmente, por lo que se entiende que la división de la parcela es anterior a las NNSS, aunque registralmente no se inscribió y forma parte de la registral número 3881 de Registro de la Propiedad de Pinto. No obstante, el Ayuntamiento adoptó el acuerdo de denegar la licencia de segregación solicitada ahora por no cumplir la parcela denominada resto de finca matriz, con las alineaciones oficiales estipuladas en las NNSS.

Se trata de un caso similar al resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 17 de octubre de 2014, también relativo a la Comunidad de Madrid, en el que se reproduce el problema de divisiones parcelarias ejecutadas bajo la legislación anterior y que no pueden ser autorizadas conforme a la legislación vigente al tiempo en que se pretende su inscripción.

Como se ha expuesto anteriormente, este Centro Directivo ha tratado de justificar una solución que permita conciliar la posición jurídica de la propiedad, acreditada en la realidad extrarregistral y que, sin embargo, persiste al margen de la protección del Registro, y por otro lado, el cumplimiento de la ordenación urbanística cuya vigilancia corresponde exclusivamente a la Administración urbanística, sin perjuicio de la función colaboradora del Registro.

Por ello, ante el presente supuesto en la que se pretende el acceso al Registro de una escritura de mil novecientos setenta y ocho, otorgada bajo la vigencia de la legislación vigente entonces —Texto refundido de 1976—, acompañada de certificado municipal en la que la propia Administración urbanística reconoce la preexistencia individualizada de la parcela a las vigentes normas urbanísticas, resulta de aplicación la doctrina expuesta sobre segregaciones de cierta antigüedad amparadas en un título administrativo habilitante, sin que proceda actualizar la descripción de la finca resto que, como el propio certificado destaca, no cumple con las alineaciones oficiales estipuladas en las NNSS y por ello se denegó la licencia.

Esta conclusión viene apoyada en el análisis gráfico resultante de la documentación obrante en el expediente administrativo, en la que cabe apreciar la configuración independiente de la parcela correspondiente a C/ (...), ya en el año 1976, de forma idéntica a la actual cartografía catastral, y la afectación de la parcela de su lindero izquierdo por la apertura de la Calle (...).

Por lo que procede revocar el defecto en el sentido de que el título administrativo aportado se estima suficiente para amparar la inscripción independiente de la porción segregada ya existente en la realidad, mas sin que proceda practicar actualización alguna en cuanto al resto de la finca matriz, conforme al artículo 47 del Reglamento Hipotecario».

III. COMENTARIOS

1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS URBANÍSTICOS POR ANTIGÜEDAD

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística inició una tendencia legislativa dirigida a facilitar la inscripción de determinados actos de tal naturaleza sin exigir el cumplimiento de los requisitos urbanísticos necesarios para tales actos merced a la expiración de los plazos establecidos para la adopción por la Administración de las medidas dirigidas al restablecimiento de la legalidad urbanística. Así lo hizo en relación con las declaraciones de obra nueva en su artículo 52, que permitió su inscripción, a pesar de no contar con la preceptiva licencia, siempre que se acreditara por alguno de los medios fehacientes contemplados en ella que la terminación de las obras se hubiera producido en fecha «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante».

La solución descrita fue luego elevada a rango legal por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que modificó el artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 y más tarde recogida por el artículo 28.4 del vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La antigüedad de la fecha de la terminación de las obras ha de acreditarse mediante certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca de los que resulte la descripción de aquellas coincidente con el título.

Circunscrita inicialmente esta posibilidad a declaraciones de obra nueva, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, fue ampliando progresivamente su ámbito de aplicación a la inscripción de otros actos urbanísticos como son el cambio de uso de edificaciones o de pisos o locales, la segregación y la división de fincas registrales y la inscripción del régimen de propiedad horizontal o de complejos inmobiliarios.

Así, en primer lugar, la Resolución de 13 de noviembre de 2013 consideró posible la inscripción, por esta vía de la antigüedad, de los cambios de uso de un local comercial a vivienda aportando certificación expedida por arquitecto técnico del que resultaba que el departamento en cuestión llevaba cuarenta años utilizándose como vivienda, justificando así esta posibilidad: «si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de aportar licencia en los supuestos previstos por la Ley, del mismo modo puede llevarse su modificación de concurrir las circunstancias legalmente exigibles. Si hemos concluido que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que vienen contemplados en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo», añadiendo que no es óbice a lo anterior el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, «por cuanto es indudable que la inscripción en base a certificado de técnico competente es predicable no solo de la obra nueva sino también de su modificación (*Vid.* Resolución de 6 de abril de 2009). No puede en definitiva afirmarse que el técnico competente solo puede certificar a los efectos de inscribir una obra nueva y no a los efectos

de inscribir una modificación de la misma como resulta sobradamente de los razonamientos expuestos».

La misma solución respecto del cambio de uso es adoptada en otras resoluciones, como las de 6 de mayo de 2013, 13 de mayo de 2016 y 12 de noviembre de 2016. Según esta última, «en la medida que, como ha quedado expuesto, la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. La aplicación del artículo 28.4, por otra parte, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, constituye un mecanismo que favorece su protección, pues practicada la inscripción, el Registrador ha de comunicar a la Administración su práctica, debiendo dejarse constancia en la nota de despacho y en la publicidad registral, en interés de eventuales terceros».

Por otro lado, la Dirección General también extendió la posibilidad de inscripción por antigüedad a los actos de división y segregación de fincas a partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida de otras muchas como las de 5 de mayo de 2015, 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016, 7 de marzo de 2017, 2 de agosto de 2017, 19 de febrero de 2018, 13 de febrero de 2019, 11 de junio de 2020, 14 de julio de 2020 y 19 de octubre de 2020, objeto esta última del presente comentario.

Este procedimiento especial de inscripción fue igualmente aplicado por la Dirección General a la propiedad horizontal y a los complejos inmobiliarios. Cabe destacar en este sentido la Resolución de 15 de febrero de 2016, según la cual «en el supuesto de hecho de este expediente consta acreditado por declaración expresa del arquitecto compareciente en la escritura de división del elemento independiente del edificio en propiedad horizontal, que la “situación fáctica de individualidad e independencia de ambos elementos privativos se remonta a hace más de ocho años, circunstancia que acredita y certifica por su conocimiento del edificio desde hace años”. Además, no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto».

Esta tendencia quedó consolidada por otras muchas resoluciones posteriores, como la de 11 de julio de 2017, que admitió la inscripción por antigüedad de la constitución de un complejo inmobiliario, estableciendo los límites de esta práctica así: «si se pretende el acceso registral por la vía de la prescripción de las facultades de restablecimiento de legalidad urbanística (...), es preciso igualmente un acto administrativo que así lo declare expresamente, o una prueba documental fehaciente al respecto, y en todo caso, identificando claramente la ubicación y delimitación de cada una de las parcelas, ya sean privativas o comunes, resultantes de tal acto de parcelación supuestamente prescrito, extremo que no concurre en la documentación aportada».

Por su parte, las Resoluciones de 25 de abril de 2018 y 1 de junio de 2018 también consideraron admisible esta forma de inscripción respecto de la propiedad horizontal tumbada, y la de 3 de junio de 2019 hizo lo propio respecto de la propiedad horizontal ordinaria.

En los apartados que siguen nos centraremos en el análisis de la inscripción de las segregaciones y divisiones de antigüedad acreditada, supuesto contemplado

en la Resolución de 19 de octubre de 2020, parcialmente transcrita al principio de este comentario.

2. FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO REGISTRAL DE ESTAS OPERACIONES

Ya desde la citada Resolución de 17 de octubre de 2014 se justifica por la Dirección General la extensión a los actos de división y segregación de fincas de la posibilidad de inscripción por antigüedad propia de las declaraciones de obra nueva en la procedencia de la aplicación analógica del antiguo artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 y el actual 28.4 del texto refundido de 2015. De tales preceptos deduce el Centro Directivo que «un concreto acto o uso del suelo, como es el de edificar sobre él, tiene la posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad, además de mediante la acreditación de las preceptivas licencias de edificación y de ocupación o denominaciones equivalentes en la normativa sustantiva —*ex* artículo 20.1—, mediante la acreditación de su antigüedad y la prescripción —o más bien caducidad— de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad presuntamente infringida (*ex* art. 20.4). De modo análogo, ambas vías jurídicas han de ser también posibles, y lo son legalmente, respecto de otros actos o usos del suelo, menos invasivos que la edificación, como el que supone efectuar una división o parcelación de aquel, si concurriere el mismo fundamento conceptual y legal, es decir, que se trata de actos de división o segregación de fincas respecto de los cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes (...). Esa analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, ha de aplicarse también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, a saber: en primer lugar, comprobar la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la división o segregación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general, ni tenga una clasificación tal que legalmente determine la no aplicación de limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística (...); y, en segundo lugar, notificar la práctica del asiento registral a la Administración dejando constancia registral de ello (...).

Partiendo de esta fundamentación, la Resolución permitió la inscripción de una segregación practicada en el año 1974 por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que «consta segregada con su configuración actual desde el Catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la Resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita».

El testigo fue recogido por otras muchas resoluciones, como la que constituye el objeto de este comentario, la cual, como se ha visto, justifica la aplicación analógica de las normas sobre inscripción de obras antiguas a los actos de parcelación partiendo de las «similitudes» y «semejanzas» existentes entre ambas instituciones.

A nuestro juicio, una construcción de estas características puede calificarse, cuando menos, de osada porque habría de superar dos obstáculos relevantes desde el punto de vista del Derecho civil. El primero de ellos es el carácter indudable-

mente excepcional de la regulación de la inscripción de las obras antiguas frente a la regla general de la necesidad de licencia o título habilitante y demás requisitos ordinarios, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva de conformidad con el artículo 4.2 del Código civil, que impide la aplicación de las normas de aquel carácter a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El segundo obstáculo es el contemplado en el apartado 1 del mismo artículo 4 que exige para la aplicación analógica de las normas que el supuesto de hecho de las mismas y aquel otro al que se trate de aplicar su consecuencia jurídica, aun distintos, sean semejantes y que entre ellos exista identidad de razón.

No parece ofrecer grandes dificultades la aplicación del régimen de inscripción por antigüedad de las obras antiguas a los cambios de uso de edificios o departamentos de los mismos por entender que entre ambos supuestos concurre la identidad de razón exigida por el segundo de los preceptos citados. Como señala la Resolución de 13 de noviembre de 2013, el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, la ordinaria y la extraordinaria por antigüedad. Por su parte, la Resolución de 12 de noviembre de 2016 aplica la misma solución tras afirmar de manera argumentada que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho.

En consecuencia, en estos supuestos entendemos que quedan salvados los obstáculos civiles antes apuntados, al no tratarse de una aplicación extensiva de la norma sino, a lo sumo, integradora, según expusimos en otra ocasión.

Por el contrario, cabe cuestionarse si las segregaciones y divisiones de fincas son equiparables a las declaraciones de obra nueva, es decir, si se da o no entre ellas la semejanza e identidad de razón que pudiera justificar la aplicación del régimen excepcional de las segundas a las primeras. La solución no parece tan evidente como en el caso anterior por permitir albergar una duda razonable sobre la existencia de una norma clara que le dé cobertura. La propia Dirección General parece apuntar a esta duda cuando resalta las diferencias entre ambas figuras en múltiples resoluciones, como la comentada, en que contrapone «la realidad fáctica que presenta la edificación existente», claramente perceptible por los sentidos, al «carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia». Mientras la existencia de las edificaciones tiene lugar por su sola construcción, la división y la segregación son conceptos hipotecarios y que por sí no tienen reflejo material sobre el terreno.

No obstante lo anterior, no debe dejar de reconocerse que el criterio de la Dirección General tiene una base lógica pues, en palabras de la Resolución comentada, «permite compatibilizar, por un lado, el reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente por los propietarios y, en principio, consolidados desde un punto de vista urbanístico (...) con la función preventiva que desempeñan tanto notarios como registradores en el control de legalidad urbanística de los actos de parcelación», añadiendo que «tal labor preventiva se concreta, como se ha expuesto anteriormente, en la acreditación del título administrativo habilitante previsto en la respectiva legislación aplicable para la división o segregación documentada en la escritura, título que será ordinariamente la licencia de parcelación, pero también aquel por el que, sin denegarla, el órgano administrativo competente declare la improcedencia de conceder licencia al acto de segregación por haberse formalizado con anterioridad a la normativa vigente y haber transcurrido los plazos de restablecimiento de la legalidad».

En suma, entendemos que el criterio descrito podría aplicarse con mayor comodidad si tuviera un reflejo indubitado en la legislación aplicable.

3. MEDIOS DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DE LA PARCELACIÓN

Si bien la Dirección General no considera que las diferencias entre ambas figuras sean suficientes como para negar la posibilidad de aplicación analógica del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, sí las valora a la hora de determinar los medios a través de los cuales cabe acreditar la antigüedad de la división o parcelación cuya inscripción se pretende.

Como se vio, el citado artículo prevé la acreditación de la antigüedad de la obra mediante certificación municipal, certificación catastral, acta de notoriedad o certificado expedido por técnico competente.

En cambio, tratándose de divisiones o segregaciones por antigüedad, el Centro considera que las citadas diferencias justifican una drástica reducción del número de medios de acreditación de su antigüedad a estos efectos. Así, la Resolución de 17 de octubre de 2014 afirma que «no cabe duda de que, conforme al artículo 20 de la Ley de Suelo, un concreto acto o uso del suelo, como es el de edificar sobre él, tiene la posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad, además de mediante la acreditación de las preceptivas licencias de edificación y de ocupación o denominaciones equivalentes en la normativa sustantiva —*ex* artículo 20.1—, mediante la acreditación de su antigüedad y la prescripción —o más bien caducidad— de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad presuntamente infringida (*ex* art. 20.4)», recalcando que no basta con acreditar la prescripción de la posible infracción urbanística.

En idéntico sentido se manifiestan múltiples resoluciones posteriores. En todo caso, habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación autonómica aplicable, a la que se remite la Resolución de 7 de mayo de 2018 en estos términos «se comprende así la exigencia para inscribir cualquier acto de división o segregación de fincas o, en términos urbanísticos, un acto de parcelación —*cfr.* artículo 26 de la Ley de Suelo—, del correspondiente título administrativo habilitante previsto en la norma autonómica de aplicación, sea licencia, declaración de innecesariedad, declaración de improcedencia de la adopción de medidas de protección de legalidad urbanística o cualquier otro que dicha normativa regule». Recogiendo esta doctrina, la Resolución de 19 de octubre de 2020 señala que «para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo».

Ante la expresión «podrá estimarse suficiente» empleada por la anterior Resolución, cabría plantearse la duda sobre la posibilidad de admisión de otros medios probatorios al margen de la citada certificación municipal, como son los contemplados en el citado artículo 28.4. Sin embargo, la propia Resolución parece excluir tal posibilidad al destacar que «este último caso de parcelaciones de cierta antigüedad, según se razona, presenta semejanzas con la situación jurí-

dica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto, no requiere previa declaración municipal, mas no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatarse a efectos registrales».

En esa línea, la Resolución de 7 de mayo de 2018 parece descartar la certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela de la que pudiera deducirse la antigüedad de la parcelación, así como una certificación expedida por ingeniero técnico agrícola colegiado.

4. OTROS REQUISITOS URBANÍSTICOS

En todo caso, la inscripción de divisiones y segregaciones antiguas debe respetar lo dispuesto para cada clase de suelo en la legislación de ordenación territorial y urbanística.

Entendiéndolo así, la Resolución objeto de este comentario se refiere a las cautelos y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador.

En primer lugar, y con carácter previo a la práctica del asiento, debe comprobarse la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la división o segregación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general, ni tenga una clasificación tal que legalmente determine la no aplicación de limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística.

Por tanto, además de la exigibilidad de la autorización administrativa y del resto de los requisitos urbanísticos a los que se ha hecho referencia, hay que tener en cuenta la posible existencia de otras circunstancias de igual naturaleza que pueden condicionar o incluso impedir la inscripción pretendida, como puede ser, en primer lugar, la clasificación y calificación del suelo por parte del planeamiento urbanístico, las cuales pueden restringir la posibilidad de fraccionamiento del suelo y, por lo tanto, su inscripción registral. Así, las leyes de ordenación urbana autonómicas suelen prohibir las parcelaciones urbanísticas en suelo clasificado como no urbanizable especialmente protegido declarándolas nulas de pleno derecho, circunstancia que impedirá la inscripción. Cuando la legislación urbanística aplicable establezca la imprescriptibilidad de las infracciones cometidas sobre determinados tipos de suelo, también quedará imposibilitada la inscripción de aquellos actos por la vía de la antigüedad por faltar uno de los presupuestos esenciales previstos para su aplicación en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Regeneración Urbana.

Lo mismo cabe decir de las segregaciones que afectan a terrenos calificados como zona verde o espacio libre, cuya comprobación por el registrador, según los medios de que dispone para la calificación, considera procedente la Resolución de 17 de octubre de 2014, al considerar posible la inscripción porque ni del certificado municipal reseñado, ni de ningún otro documento del expediente resultaba que la segregación efectuada hubiera afectado a zonas verdes o espacios libres, supuesto en el que la legislación urbanística autonómica aplicable determinaba

la inexistencia de limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística.

También han de tenerse en cuenta las normas sobre parcelas indivisibles establecidas en la legislación autonómica y las relativas a las unidades mínimas de cultivo recogidas fundamentalmente en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias; en particular en su artículo 24, que determina la nulidad de las divisiones o segregaciones de fincas rústicas que den lugar a otras inferiores a dicha unidad mínima, con las excepciones del artículo 25. En el caso contemplado por la Resolución de 19 de febrero de 2018 la calificación negativa del registrador se debió, entre otros motivos, a que las fincas resultantes de la división eran inferiores a la unidad mínima de cultivo sin que se aportara certificado de la Consejería de Medio Ambiente que habilitara la operación por estar incluida en alguna de las excepciones legales, siendo confirmada tal calificación por la Dirección General.

La misma Resolución se remite al procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 al resultar de la división documentada parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo en la zona. Según dicha norma: «Cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria aprecie la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento».

En cuanto a las cautelas que desde el punto de vista de la protección de la legalidad urbanística han de adoptarse con posterioridad a la inscripción, habrá de estarse, en primer lugar, a lo dispuesto al respecto en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, de donde resulta que el registrador de la propiedad deberá dar cuenta al Ayuntamiento respectivo de tal inscripción y harán constar en ella, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.

Por su parte, el artículo 65.3 del mismo texto legal establece, con carácter general para cualquier parcelación, que una vez inscrita «el registrador de la propiedad notificará a la comunidad autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito».

5. LA CUESTIÓN INTERTEMPORAL

La Resolución también recoge la doctrina de la Dirección General en cuanto al problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Regis-

tro de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable no exigía licencia para la misma o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales, sosteniendo a tal fin lo siguiente:

«El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infringiéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquellas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código civil.

Este Centro Directivo, interpretando dicha corriente jurisprudencial (*Vid.* Resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012), ha abordado el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiéndose que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código civil».

Por último, aunque la resolución solo contempla la irrupción en el proceso de parcelación (entre el otorgamiento del título y su inscripción) de un cambio legislativo, parece que cabría aplicar la misma solución en el caso de producirse un cambio del planeamiento urbanístico cuya nueva ordenación impidiera la inscripción de un acto de parcelación realizado al amparo del planeamiento precedente. Dado el carácter de normas jurídicas que se atribuye por la jurisprudencia a los planes urbanísticos (asimilables a los reglamentos), parece que no sería inscribible la parcelación realizada bajo la cobertura del plan anterior pero presentada tras la entrada en vigor del nuevo cuya ordenación la impidiera.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «*Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*», Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

por

CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Dentro de la Colección «Notariado hoy», dirigida por Ángel SERRANO DE NICOLÁS, se publica el, por el momento, último libro de Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA. Sin duda alguna se trata de uno de los autores de referencia en el ámbito del Derecho hereditario, sobre el que ha trabajado con profundidad y rigor durante años, siendo todas y cada una de sus publicaciones de consulta indispensable para quien quiera o necesite bucear en el complejo océano de la sucesión. Si bien existen un altísimo número de títulos aparecidos en los últimos tiempos sobre este campo es difícil encontrar aportaciones originales, estudiadas, meditadas, contrastadas y que aporten ideas y reflexiones al lector, y estos valores, lamentablemente cada vez menos habituales, se encuentran todos ellos en el libro del profesor ESPEJO.

Escrito de forma impecable, bien documentado y cuidado, revela un profundo conocimiento de lo que escribe, sin fisuras, sin contradicciones, sin repeticiones y con una línea argumental definida desde el principio al final. Las numerosas notas, muchas de ellas repletas de argumentos personales y de imprescindible lectura y posterior reflexión, avalan la postura del autor, que analiza con respeto lo que se afirma sobre esta cuestión desde un punto de vista madurado, a lo que contribuye notablemente su previo estudio sobre todas y cada una de las normas que trae a colación en su argumentación en escritos anteriores, a los que el propio autor se remite sin reproducirlos en el libro, lo que aligera extraordinariamente la lectura.

Centrado especialmente en el presente debate sobre las legítimas y la libertad de testar, la materia se aborda con una extremada seriedad y sensatez, sin acudir a lugares comunes y evitando afirmaciones que no por reiterarse hasta la extenuación se transforman en argumentos jurídicos. Su estudio, como he señalado, parte de un profundo conocimiento de la problemática, de su evolución y de su fundamento, y se aborda con un sentido común jurídico y una perspectiva que se reconoce no ser la única que pueda decidir cambios en un tema tan complejo, pues se requeriría de análisis sociológicos, económicos, de política jurídica y más, que no aconsejan la precipitación. La presencia de un encargo del Ministerio de Justicia a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación para abordar la

reforma de las legítimas (por Orden Ministerial de 4 de febrero de 2019) brinda al autor el campo para analizar si es conveniente o no una reforma de las legítimas, alineándose desde el principio entre quienes abogan por su no supresión, aunque sí posible modificación de algunas de sus reglas.

Aunque volveré sobre esto sería conveniente que aportaciones como estas fueran de lectura indispensable para el legislador, tanto antes de abordar trabajos preparatorios de textos normativos, como en fases posteriores cuando ya se acometan reformas concretas del articulado del Código, pues no es fácil conocer las intrincadas relaciones de nuestro Derecho de sucesiones, así como tener presentes reglas, olvidadas o poco utilizadas, que continúan brindando soluciones a los escollos por los que atraviesa el complejo mundo de la herencia.

El libro se estructura en cuatro capítulos y unas conclusiones, con una división entre el texto principal, que se lee con soltura sin hacer perder el hilo conductor, y unas notas plagadas de argumentos, citas bibliográficas y de jurisprudencia que, a mi juicio, son de obligada atención. El equilibrio no es fácil, pues las relaciones entre unos temas y otros son complejas de exponer sin perder el camino a seguir, junto a la circunstancia de que las resoluciones de los Tribunales en materia sucesoria en los últimos años están siendo decisivas, tanto para evidenciar los problemas como para abordar soluciones no siempre compartidas por el profesor ESPEJO que manifiesta sus opiniones con extraordinario respeto, pero con un sentido crítico extraordinario que le aporta su bagaje de conocimiento de la materia.

En el capítulo I presenta el debate que existe sobre la necesidad de reformar las legítimas, controversia que, como él mismo reconoce, no es tan unánime como se está haciendo ver y que aconsejaría un consenso que no parece existir. Recogiendo algunas de las ideas y propuestas formuladas se muestra contrario a propugnar una relación indisoluble entre el Derecho de sucesiones y el de familia, no compartiendo la extendida afirmación de que la transformación actual de la familia exija una modificación de las legítimas.

Más bien al contrario, considera que el Derecho de familia posee instrumentos propios, así como que la supresión de las legítimas no conllevaría una disminución de la litigiosidad que se vería acrecentada en el caso de su eliminación, especialmente cuando la voluntad del causante se alejara de las reglas de la sucesión intestada. A lo largo de su exposición afirma existir en el Código un equilibrio entre libertad de testar y legítimas con un claro fundamento en la «solidaridad patrimonial familiar» y no en la solidaridad afectiva. Las normas actuales, en sus términos literales, «están consolidadas por una larga experiencia, muy asentadas en la conciencia social, y como un modo más sensato de articular los principios éticos en juego: la libertad de testar y la protección de la familia. Nosotros, desde luego, apostamos por seguir confiando en ellas».

El análisis de la evolución de la materia y las reformas que se han operado en el Código han mejorado la libertad del causante y se han ido adaptando sus reglas a las condiciones sociales y familiares (igualdad de descendientes, reformas indignidad, tratamiento de la legítima del cónyuge, etc.). Al hilo de sus comentarios a la mencionada orden ministerial no comparte la idea de que los cambios observados en la familia se vean reflejados en las modificaciones obradas en otros ordenamientos, incluyendo los forales, sino que más bien se trata de reformas autónomas e independientes de la sucesión.

En este capítulo avanza una de sus propuestas de reforma, que sería el tratamiento de la separación de hecho no como pérdida de legítima del cónyuge, sino como posible causa de desheredación. Del mismo modo lleva a cabo unas

destacadas reflexiones sobre la dificultad que conllevaría la relación de una visión liberal a ultranza de la herencia con la función social de la propiedad reflejada en el artículo 33 de la Constitución.

En el capítulo II ofrece el profesor ESPEJO una exposición de la regulación actual de los Derecho civiles especiales, así como de la regulación de legítimas contenida en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil. Coincide con el contenido de la Propuesta en la formulación de otra de sus opciones de reforma, sobre la que existe un consenso importante, que sería la reducción de la parte de legítima en el caso de existir un solo descendiente.

El capítulo III se centra en el análisis de las propuestas alternativas que plantea la orden ministerial en cuanto a la primera materia a reformar (la segunda sería el sistema de liquidación de las deudas de la herencia), y los argumentos contenidos en la misma, en cuanto al posible establecimiento de una absoluta libertad de testar, o bien el mantenimiento del actual sistema legitimario con los retoques que se consideraran necesarios, decantándose el autor, como no podría ser de otra forma, por la segunda opción, yendo por delante su apreciación en cuanto a la falta de neutralidad de la propuesta que parece presumir la insuficiencia del testamento como forma idónea de adaptación de la sucesión a cada supuesto concreto. La libertad presente en el testador a la hora de jugar con las cuotas legitimarias, la disponibilidad del tercio libre y el posible establecimiento del usufructo universal son mecanismos que ofrece el sistema a conveniencia del causante que evidencian el poder de su autonomía de decisión.

El autor —reconociendo, con cita del profesor LACRUZ, que se trata de un tema metajurídico en el que no solo hay que tener en cuenta la voluntad del testador, sino otros muchos y diversos condicionantes—, reflexiona sobre la posible influencia que la debilitación de las legítimas pudiera ocasionar respecto de un hipotético desinterés en las relaciones familiares. Relacionando la cuestión sobre la creciente opinión de ampliar las prestaciones de alimentos con cargo a la herencia que existen en los ordenamientos con libertad de testar resalta el obstáculo que plantea el constatado incumplimiento presente en el pago de las pensiones, lo que podría determinar un cambio social equivocado. Desde luego, en mi opinión, sería deseable que el legislador contara con informes elaborados con rigor sobre todo este tipo de cuestiones antes de lanzarse a reformas cuyo impacto desconoce.

Al hilo de la cuestión de la litigiosidad se plantea si no se trasladaría aún más al campo sucesorio, abundando los pleitos sobre captación de voluntad, tal como acontece en otros ordenamientos. Comparto plenamente las apreciaciones del autor en esta materia, pues la realidad vivida ante los Tribunales nos ofrece constantes evidencias de largos procedimientos cuando el causante se aleja de las previsiones legales o utiliza mecanismos como la desheredación, plagados, en la mayoría de los supuestos, de malas relaciones en el ámbito familiar. Creo que el ejercicio de libertad del testador parece no tolerarse por los hipotéticos herederos, abundando los procedimientos sobre falta de capacidad del testador, debidos a la dificultad de demostración de los vicios del consentimiento, que, sin duda, quedarían acrecentados en el supuesto de supresión de las legítimas. Aunque no se trate de algo presente en la actual voluntad del legislador, ni siquiera en los trabajos prelegislativos en tramitación, mi opinión es que debería reflexionarse sobre el concepto de la vulnerabilidad del testador y los efectos de la transcendental consideración de la «influencia indebida», noción clave en todo lo relativo al tratamiento de la discapacidad a tenor de las premisas de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El capítulo IV, el más extenso de todos, lo dedica el profesor ESPEJO a la reflexión sobre las reformas habidas en el Derecho de sucesiones, con el fin de destacar o no su suficiencia y con propuestas concretas en cuanto a la utilización de las reglas que nos ofrece el Código. Se centra para ello en la observación de siete materias, diagnosticando problemas concretos, que paso a numerar en el orden en que son tratadas:

— Ampliación de los supuestos de pago en metálico de las legítimas. Tras un estudio del ámbito de aplicación plantea en concreto su posible extensión al pago de la legítima de los ascendientes, afirmando que la exigencia de consentimiento de los legitimarios para su operatividad confirma el respeto a la naturaleza de la legítima.

— Tratamiento de la empresa familiar. En sentir del profesor ESPEJO, una vez examinadas las posibilidades que ofrece el ordenamiento, la libertad que se ofrece al causante es suficiente; si bien observa problemas para el caso de no haber previsto nada el testador, en cuyo supuesto podría reflexionarse sobre considerar alguna suerte de atribución preferente.

— Gravamen de la legítima en beneficio de descendientes discapacitados. En opinión del profesor ESPEJO la letra todavía vigente es una muestra de confusión y desenfoque respecto a la funcionalidad de la legítima, habiendo sido —en su día— más adecuado pensar en una obligación de alimentos para el futuro que gravaran la legítima. Se analiza la propuesta de reforma que se está tramitando en el Congreso, considerando un acierto que se circunscriba a situaciones de necesidad (si bien, con el fin de constatar que es esa la pretensión del legislador, debería quedar claro mejorando la letra del texto), así como que se disipen todas las dudas que surgen de la letra del proyectado artículo 808 evidenciando la intención que verdaderamente se quiera atribuir a una regla que, de seguir así, por su inconcreción y confusa interpretación solo puede ser una futurible fuente de procedimientos judiciales.

— Contratos de alimentos con el fin de atender las necesidades de mayores y discapacitados. Con un detallado análisis de la disímil y abundante jurisprudencia sobre el particular, el autor destaca la litigiosidad que se plantea respecto a este contrato solicitando su impugnación por quienes ostentan derechos hereditarios con el fin de que los bienes vuelvan al caudal. De las diferentes líneas de solución seguidas por los jueces critica la posible apreciación de causa ilícita, acercándose más a la tendencia de afirmar la presencia de un contrato oneroso y aleatorio. De la observación del tratamiento de la cuestión, en el que muchas veces se trasluce el deseo de llegar a una justicia material, afirma el autor la conveniencia de una actuación por parte del legislador introduciendo algunas reglas sobre rescisión del contrato cuando existiera una lesión de las legítimas intentando restablecer un cierto equilibrio entre las prestaciones.

— Adjudicación de la vivienda. Siendo sin duda uno de los escollos de las particiones en la mayoría de los casos se plantea Manuel ESPEJO la posible introducción en sede de partición de algunas reglas de atribución preferente cuando el heredero posea la vivienda por autorización del causante, lo que serviría para atemperar el rigor de reglas como el artículo 1062 del Código civil.

— Desheredación por maltrato. En este supuesto el profesor ESPEJO se muestra cauteloso en cuando a la interpretación extensiva de las causas de desheredación; del mismo modo tampoco considera una solución ampliar las causas a la falta de relaciones familiares.

— Cónyuge supérstite como fiduciario. Finalmente, si bien sin extender sus ya amplias facultades, considera el autor adecuado explorar las posibilidades de utilización que permite el artículo 831 del Código civil.

El libro concluye con unas conclusiones claras y precisas en las que destaca nuevamente la imprescindible meditación y reflexión antes de abordar una tarea como la reforma de las legítimas. En ellas se contiene un resumen de gran parte de las ideas expuestas y se reflexiona sobre otras como la reclamada o denostada cuota legitimaria para el conviviente que, siguiendo la interpretación del Constitucional, solo podría ser posible si se deja esa opción al testador, previa la correspondiente reforma; o que la reducción de las donaciones inoficiosas pudiera hacerse en metálico, si así lo deciden los donatarios.

Personalmente, entiendo que queda patente en el texto la voluntad de Manuel ESPEJO de plantear reflexiones pertinentes, oportunas, meditadas y que tienen como finalidad situar el discurso sobre las legítimas en el punto de equilibrio adecuado, así como formular propuestas claras, concretas y tendentes a que no sea arrumbada la seguridad jurídica de un sistema que durante décadas ha cumplido su función. El lector podrá estar o no de acuerdo con las ideas expuestas por el autor, o compartirlas en parte, pero desde luego reflexionará sobre la necesidad de cautela a la hora de acometer reformas como la apuntada que, desde luego en mi opinión, sería temeraria si se adopta la decisión de instaurar una absoluta libertad de testar sin que acompañen al quehacer legislativo los pertinentes estudios y análisis de repercusiones de toda índole que pudieran aconsejar un cambio de tal naturaleza, proceder que, me temo, no siempre parece previo a las constantes reformas con que nos sorprende el legislador.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, *«Derecho registral teórico y práctico»*. Madrid: Editorial Carperi. (Vol. I y II) (2020).

por

SEBASTIÁN DEL REY BARBA

*Doctor en Derecho, registrador de la propiedad y mercantil
Vocal-Director de Responsabilidad Social Corporativa del Colegio de Registradores
de España*

Javier GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad, notario (excedente) y letrado de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que fue director general de los Registros y del Notariado entre los años 2014 y 2018, acaba de publicar en dos volúmenes, una nueva obra, que se une a su extensa producción científica: *«Derecho registral teórico y práctico»*, que aborda la teoría y la práctica de la calificación registral, especialmente enfocada en la preparación de los llamados dictámenes, que constituyen el tercer ejercicio de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a registradores de la propiedad, mercantil y de bienes muebles. El autor tiene una amplia experiencia en este ámbito, pues ha sido presidente de distintos tribunales examinadores de estas oposiciones, desde el año 2000 y autor material de muchos de los ejercicios a los que se enfrentaron los opositores.

La obra se divide en dos volúmenes, el primero que se dedica a la teoría de la calificación registral, con 414 páginas y el segundo concebido como parte práctica con la resolución de trece dictámenes con un total de 431 páginas. Un trabajo exhaustivo y muy completo de la calificación registral, que sistematiza las múltiples cuestiones que surgen al enfrentarse a la calificación de los documen-

tos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad, así como al Registro Mercantil y de Bienes Muebles.

Hay que recordar que el Registro de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles español y la publicidad registral que del mismo emana, produce unos importantes efectos como son la seguridad y rapidez del tráfico jurídico y económico. Para ello, resulta esencial un control de legalidad y validez de los actos y negocios jurídicos que pretenden su acceso al Registro, evitándose así que se inscriban y gocen de publicidad registral aquellos títulos no válidos que no cumplan con los requisitos legales. Este control es lo que constituye la calificación registral. Por otro lado, desde un punto de vista material, la calificación es también parte esencial de la actividad del registrador de la propiedad, que fundamenta su función y sobre la que gira el funcionamiento del Registro y el procedimiento registral.

La importancia de la calificación se pone de relieve en esta obra de GÓMEZ GÁLLIGO, diferenciando una parte teórica y otra eminentemente práctica con ejemplos de notas de calificación. El volumen I sobre teoría de la calificación registral aborda en 20 capítulos de una manera sistemática distintos aspectos que deben tenerse en cuenta en la calificación registral, comenzando con unas consideraciones generales sobre el Registro de la Propiedad, la naturaleza del procedimiento registral, los sistemas de derecho comparado y el sistema de transmisión de la propiedad en España. En este último punto pone de relieve el modo en que la legislación hipotecaria incide en la formulación de la teoría del título y el modo en el sistema civil de transmisión de la propiedad y demás derechos reales, afirmando que solo con la inscripción en el Registro de la Propiedad se adquiere plenamente el dominio.

Se analizan en los siguientes capítulos diversos aspectos sobre las titulares de los derechos inscribibles y demás sujetos intervinientes. De modo que sobre el pretendido titular registral o sujetos del negocio, se analizan la capacidad de obrar (con especial referencia a la convención de Nueva York en materia de discapacidad), los vicios del consentimiento o la necesaria personalidad jurídica. En cuanto a la legitimación distingue de un modo muy claro entre el tracto sucesivo sustantivo o material y el formal, que es el modo en el que la legitimación se manifiesta en el ámbito registral y que es uno de los aspectos esenciales a comprobar por el registrador en la calificación. Gran importancia tiene, por la cantidad de jurisprudencia y resoluciones recaídas, el capítulo dedicado a la representación, aclarando el autor como debe interpretarse la doctrina de la DGRN sobre el juicio notarial sobre los poderes, la validez de los poderes extranjeros, la representación legal y los problemas que puede generar la representación orgánica en las personas jurídicas.

En relación al objeto del contrato, se estudian los requisitos para transmitir derechos reales inmobiliarios sobre viviendas en construcción, la llamada prehorizontalidad y una especial referencia a la inscripción de los bienes públicos. La causa y la forma del contrato son tratados también desde el punto de vista de la calificación registral, atendiendo tanto la doctrina de la DGRN como del Tribunal Supremo en relación con las cuestiones más controvertidas como los negocios fiduciarios, y todo lo relativo a la documentación pública: administrativa, judicial o notarial, y los supuestos admitidos de documentos privados, con especial referencia al Registro de Bienes Muebles. Hay que destacar que en todo el trabajo se hace también referencia a la calificación no solo en relación al Registro de la Propiedad sino también, al Registro Mercantil y de Bienes Muebles, lo que enriquece mucho el análisis y supone una novedad al estudiar la calificación.

Debe tenerse en cuenta que en el tercer ejercicio de las oposiciones al cuerpo de aspirantes a registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles, se le exige a los opositores que califiquen de manera global un documento, actuando tanto como registradores de la propiedad como mercantiles y de bienes muebles.

La identificación de la finca registral es otro de los capítulos que mayor actualidad tiene, teniendo en cuenta toda la nueva regulación que hay en relación con la coordinación catastro-registro y los procedimientos que derivan de la Ley 13/2015. Toda esta materia el autor la conoce muy bien, dado que bajo su periodo como director general, se produjo la entrada en vigor de la norma y las primeras interpretaciones y doctrina de la DGRN sobre la ley.

Dentro de una obra dedicada a la calificación eminentemente práctica, resulta muy interesante el capítulo dedicado a los principios hipotecarios, porque hace descender la formulación genérica de dichos principios a las circunstancias que han de apreciarse en la calificación, como el principio de rogación, o el de tracto, con ejemplos concretos de su aplicación práctica.

El principio de legalidad en el ámbito registral tiene su reflejo a través de la calificación, y aquí aprovecha el autor para profundizar en multitud de aspectos claves de la labor calificadora del registrador como el ámbito de la calificación, la calificación de las cláusulas abusivas, las cuestiones sobre la sociedad de gananciales, el plazo o los medios para la calificación. Consecuencia de la calificación se trata también de los diversos recursos contra la calificación negativa.

Teniendo en cuenta que la importancia de la calificación radica en los importantes efectos de la inscripción, se dedica un capítulo a los mismos y su manifestación directa en la seguridad y celeridad del tráfico jurídico, poniendo en valor la importancia del control realizado por el registrador para su consecución.

El último capítulo de esta parte se dedica a la calificación de las hipotecas, con una acertada distinción entre el mercado primario y el mercado secundario hipotecario. Se concreta respecto de la calificación de las hipotecas muchas de las cuestiones que se desarrollaban en los anteriores capítulos, además del estudio de la nueva Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019, de 15 de marzo, con las importantes modificaciones que ha introducido en la calificación de las hipotecas y las diversas cláusulas del préstamo hipotecario. Respecto del mercado secundario hipotecario, recoge la doctrina y jurisprudencia existente sobre este mercado del que depende en gran medida la financiación de las entidades de crédito y cuya importancia se puso de manifiesto en la última crisis económica mundial.

El volumen II de la obra contiene como se ha señalado la parte práctica, que se concreta en la recopilación de trece dictámenes de los que corresponden once a las últimas convocatorias de la oposición de registros celebradas desde el año 2000 hasta el año 2020, y se incluyen además dos casos prácticos que el autor preparó y corrigió en la Academia de preparación de registros de Madrid. En todos los casos se sigue el mismo esquema; el enunciado del caso con la documentación que se suministra y a continuación, la solución del mismo redactada en hechos y fundamentos de Derecho, de modo que se pueden encontrar redactadas las notas de calificación con los defectos y la fundamentación jurídica correcta para cada uno de ellos, por lo que quien esté preparando el ejercicio práctico de la oposición de registradores, tiene un material valiosísimo para dicha preparación, enfocada al examen así como a los tiempos y volumen de defectos que en los ejercicios de examen aparecen.

En definitiva, *Derecho registral teórico y práctico* es una obra imprescindible para los opositores que están preparando registros, para profesionales del derecho

que se relacionan de un modo habitual con los registros, y en general para todos aquellos que quieran conocer con una perspectiva amplia todos los aspectos a los que abarca la importante labor calificadora de los registradores.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, «*Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*». Editorial: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2020.

por

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

En esta monografía se nos presenta un análisis comparativo de los principales sistemas de liquidación de deudas sucesorias vigentes en Europa. El hilo conductor es un estudio comparativo del Derecho de sucesiones, que permite mostrar las virtudes y flaquezas que presenta cada sistema. De esta forma, se pueden extraer conclusiones útiles de cara a una futura modernización del Derecho español en esta materia. De hecho, como se nos anuncia en el prólogo, el 4 de febrero de 2019 el Ministerio de Justicia dictó una orden por la que se recomendaba a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de una reforma en derecho sucesorio que incluyera la liquidación de las deudas sucesorias. Este propósito legislativo dota de sentido a esta obra que, por tanto, llega muy oportunamente.

El estudio se realiza en dos partes: la primera dedicada al sistema anglosajón y la segunda a los sistemas continentales de liquidación sucesoria. Esta segunda parte a su vez se divide en dos capítulos. El primero está dedicado al sistema alemán y el segundo analiza los sistemas continentales de beneficio de inventario y separación, marcados por una mayor incidencia del derecho romano. En esta última parte se analizan las fuentes romanas y los vigentes ordenamientos italiano y francés.

SISTEMA ANGLOSAJÓN

Consideramos muy acertado comenzar el estudio con el análisis del sistema anglosajón, pues puede afirmarse que vivimos en un momento histórico en el que este derecho se autoproclama como paradigma de eficacia jurídica y modelo a seguir, en un afán no disimulado de imponer su preponderancia sobre otros ordenamientos. Esta realidad se refleja muy especialmente en materia de sucesiones. Por tanto, parece lo correcto empezar estudiando si realmente este modelo cumple con las expectativas de las que presume, o si por el contrario, debajo de la apariencia que proclama subyace una realidad no muy halagüeña.

El autor hace una descripción del derecho sucesorio inglés que recuerda a una pintura impresionista: desde una cierta distancia las líneas, contornos y dibujos se aprecian con nitidez, proyectando el cuadro una imagen completa y compacta. Sin embargo, conforme el observador se acerca aparecen imperfecciones y máculas, se diluye la primera impresión, y ya no parece que la pintura sea ese espejo en el cual quiera reflejarse la realidad.

La obra tiene el acierto de introducirnos en el sistema anglosajón, señalando desde el principio sus grandes diferencias respecto al continental, siendo una de las principales la falta del término «heredero»; si bien, funcionalmente, puedan verse similitudes entre el heredero continental y el *personal representative*, en su doble función de *executor* o *administrator*. Este *legal representative* sería un verdadero sucesor del difunto, que una vez hecha la liquidación y el pago de deudas y cargas de la herencia, entregaría el remanente a los beneficiarios. Esta liquidación debería hacerse en el plazo de un año, siendo solo posible la distribución entre los beneficiarios una vez se hubieran satisfecho todas las deudas y cargas.

Otras distinciones importantes son la posición preferente que el sistema anglosajón otorga a los acreedores y la separación patrimonial que es plena en principio e implica la liquidación automática del patrimonio hereditario. Puede resumirse esta especialidad anglosajona en la afirmación de que en el Derecho inglés no es preciso encontrar un sucesor en las deudas, puesto que, por definición, el patrimonio de una persona fallecida se destina al pago de sus propias deudas. Por tanto, desde la perspectiva de la protección de los acreedores este derecho es calificado como un sistema modélico. Igualmente, se afirma que este sistema es muy ventajoso para el beneficiario quien, si bien no tendría derecho alguno sobre la herencia hasta que se hubieran satisfecho todas las deudas, sí que estaría protegido desde un primer momento por la garantía que supone la plena separación *ex lege* entre el patrimonio hereditario y su patrimonio previo, al carecerse en el derecho sucesorio anglosajón de la confusión patrimonial típica del sistema continental.

Esta descripción se corresponde con la visión tradicional que generalmente se hace del derecho anglosajón de sucesiones, una visión superficial y poco precisa que puede quebrar si profundizamos en el mismo. En efecto, el análisis que hace esta obra del derecho sucesorio anglosajón termina con un apartado titulado «Efectos y defectos del sistema inglés de estricta liquidación del pasivo hereditario», que nos resulta muy esclarecedor. De hecho, se pone de manifiesto como la teórica ventaja que supondría para los acreedores el hecho de que la liquidación de la herencia se llevase a cabo por una persona independiente y ajena a la herencia, como sería el *personal representative*, en la práctica no se cumple. Por el contrario, en la generalidad de los casos el *personal representative* es también el beneficiario. Además, dicha figura actúa con plena libertad, pudiendo ejercitar todas las facultades de los derechos hereditarios cuya titularidad recibe sin supervisión judicial alguna, no siendo esta necesaria ni siquiera en el caso de herencias insolventes. Por tanto, teniendo en cuenta que generalmente el *personal representative* es el propio beneficiario, la pretendida ventaja de la que disfrutarían los acreedores en este sistema se diluye en gran medida.

Por otro lado, se afirma como otro rasgo característico y ventajoso del derecho sucesorio anglosajón la ausencia de toda confusión entre el patrimonio hereditario y el del *personal representative* o el del beneficiario. Sin embargo, el autor nos informa de que se trata de un efecto favorable del sistema inglés que tampoco es general, pues son muchos los casos en los que el *personal representative* termina respondiendo con su patrimonio personal. Nos aporta una larga lista de supuestos, entre los que destacan los siguientes: responsabilidad frente a las deudas contraídas al continuar los negocios del causante; responsabilidad frente a las deudas desconocidas de la herencia si se liquida la totalidad del caudal sin tomar medidas para excluir la eventual responsabilidad personal, responsabilidad frente al pago de las deudas con vencimiento a largo plazo, una vez liquidada la totalidad de la herencia; responsabilidad por las deudas de una herencia insol-

vente o con dudas fundadas acerca de su insolvencia, si no se observan estrictamente las reglas sobre prelación de créditos ordenadas en el régimen concursal; responsabilidad por contratos celebrados, si no se indica expresamente que la responsabilidad queda limitada a los bienes de la herencia, etc.

A mayor abundamiento, otra de las alegadas ventajas de este sistema es la existencia de una preceptiva fase de liquidación de la herencia, lo cual en la práctica no implica necesariamente que los acreedores queden protegidos. Así pues, hecha la convocatoria pública de acreedores prevista en la Sección 27 de la *Trustee Act*, aquellos acreedores que no hubieran notificado en plazo su derecho de crédito en el procedimiento de dicha convocatoria quedarían desprotegidos. Esta convocatoria recuerda el derecho de oposición de los acreedores al acuerdo de fusión recogido en el artículo 44 de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Un derecho que ha sido calificado como un gigante de pies de barro, por lo fácil que resulta que el acreedor ignore la existencia de la publicación del anuncio que apruebe la fusión durante el plazo de un mes en el que puede oponerse. Pero es que, además, el autor señala que este sistema de liquidación autónoma y prioritaria resulta muy costoso, tanto desde una perspectiva temporal como cuantitativa. Por tanto, finalmente la pregunta que emerge es por qué se impone una liquidación de corte concursal, que en los demás supuestos previstos en el *Common Law* sería un recurso excepcional únicamente previsto para el caso de insolvencia. De hecho, esta opción no quedaría justificada si la herencia no tuviera deudas o los beneficiarios estuviesen dispuestos a asumir directamente el pago de las deudas, lo cual, sin embargo, no les está permitido. Por todo ello el autor concluye que el modelo inglés no puede ser considerado como un modelo a seguir.

La pregunta que subyace es por qué a pesar de ello, se siguen predicando las ventajas del modelo inglés. Quizá ello se deba a una doble coyuntura:

- Por un lado, el predominio del idioma inglés en el comercio internacional y en el ámbito académico pueden reportar una posición de ventaja indiscutible al derecho anglosajón.
- Por otro lado, se aprecia una progresiva preferencia en la elección del foro por las jurisdicciones del *Common Law* debido, entre otras cuestiones, a la seguridad jurídica que se afirma que ofrecen. Quizá esto incida también en materia de sucesiones y haya coadyuvado a esta aparente elevación del derecho inglés a pretendido paradigma jurídico también en esta materia.

SISTEMA ALEMÁN

En la segunda parte del libro se tratan los sistemas continentales de liquidación sucesoria. En primer lugar, se estudia con detenimiento el sistema alemán al cual se dedica una tercera parte de la obra. Desde un principio el autor nos traslada su opinión desfavorable hacia este sistema que tilda de complejo y rígido. Se trata de un Derecho que sigue la tradición romana, otorgando una importancia crucial a la figura del heredero y considerando como presupuesto básico la confusión patrimonial. La primera peculiaridad de este sistema consiste en la adquisición automática de la herencia en el momento de su apertura, si bien se trata de una adquisición provisional que solo se convierte en definitiva mediante la aceptación. De hecho, se prevé una aceptación tácita cuando transcurra el plazo fijado para repudiarla sin que el heredero haya hecho uso de esta opción.

Por otro lado, se caracteriza por la dispersión legislativa, pues —señala el autor— es necesario la aplicación conjunta del BGB (Código civil alemán), la Ley Concursal, el Código de Derecho procesal civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria para poder alcanzar una visión de conjunto del sistema. Esta dispersión viene acompañada de una complejidad técnica que dificulta la labor interpretativa del sistema liquidatorio ideado. De hecho, la normativa que regula la liquidación de la herencia gira en torno a las figuras del heredero y del acreedor de la herencia. La Ley prevé como mecanismo de protección del heredero la convocatoria edictal de acreedores de la herencia; y como mecanismo de protección del acreedor de la herencia, el inventario.

La convocatoria edictal de acreedores de la herencia la realiza el tribunal encargado de la herencia a petición del heredero. De esta forma, se insta a todos los acreedores a que presenten y justifiquen sus respectivos derechos dentro de un plazo no superior a seis meses. Transcurrido este plazo se dicta resolución judicial que confirma los créditos presentados en plazo y excluye los restantes. Estos últimos quedan pospuestos a los anteriores, pero en caso de no quedar remanente una vez pagados los primeros, el heredero podrá denegar el pago de los segundos sin necesidad de solicitar el concurso de la herencia. En todo caso estos créditos excluidos siguen siendo de cobro preferente respecto a las legítimas, legados y modos. Igualmente, quedan a salvo los créditos preferentes respecto a determinados muebles, como los pignoratícios. Finalmente, también se considerará como acreedor excluido aquel que reclame su crédito cinco años después de la muerte del causante. Por tanto, este es un eficiente mecanismo legal para limitar la responsabilidad del heredero.

Por otro lado, el BGB prevé el inventario, que puede ser solicitado por el heredero o el acreedor de la herencia, como un instrumento protector de los acreedores de la herencia, en tanto que sirve para concretar los bienes y derechos que conforman el caudal relicto. Por tanto, el inventario no se configura como requisito para limitar la responsabilidad del heredero. El inventario se caracteriza por su exactitud, la cual viene garantizada por la preceptiva intervención de una autoridad pública, que normalmente será un notario que cumplirá una función de asesoramiento y supervisión, salvo que el heredero le encomiende la formalización del inventario, en cuyo caso deberá redactarlo.

El principal efecto del inventario es la presunción de que en el momento del fallecimiento del causante no existían más activos que los que estén reflejados en él. Esta presunción es relevante para invocar la limitación de responsabilidad sin necesidad de acudir a la administración de la herencia. Limitación que pierde el heredero si no realiza el inventario en plazo o este resulta incompleto.

Se señala en la obra como característica propia del Derecho alemán el hecho de que se configura la responsabilidad del heredero como ilimitada, pero limitable. Por tanto, resulta de sumo interés conocer cómo puede efectivamente ser limitada. A tal fin es necesario poner en manos de un tercero, designado judicialmente, la administración del caudal, si bien el procedimiento a seguir difiere según medie una situación de insolvencia (*Nachlassinsolvenz*) o solvencia (*Nachlassverwaltung*). De esta forma, se consigue la separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio personal del heredero, liquidándose la herencia exclusivamente con los bienes y derechos que la integran. Esta administración ordenada judicialmente es irrevocable y puede ser instada por el heredero o el acreedor de la herencia (ya que puede interesar a este último si el heredero es insolvente) y consiste en la liquidación autónoma del caudal hereditario.

Si la *Nachlassverwaltung*, o administración ordinaria de la herencia, es instada por los acreedores de la herencia, estos deben probar que existen motivos para considerar en peligro el caudal relicto, siendo el plazo máximo para instarla dos años desde la aceptación de la herencia. En este caso, se parte de una situación en la que media suficiente masa hereditaria para hacer frente a la liquidación y se designará un administrador a fin de liquidar las deudas. Este administrador ostentará el poder de disposición del patrimonio hereditario, por lo que el heredero queda despojado de la administración, disposición y posesión de los bienes integrantes del caudal relicto. En caso de que una vez hecha la convocatoria edictal de acreedores resulte que las deudas de la herencia son superiores a sus activos, se deberá solicitar la apertura del concurso de la herencia. Ahora bien, si no procede el concurso por falta de masa, se solicitará la extinción de la administración y se aplicará el régimen jurídico para las herencias insuficientes o con activos insignificantes.

Respecto a la administración concursal de la herencia, o *Nachlassinsvenz*, se produce igualmente la separación entre el patrimonio hereditario y el personal del heredero. Su presupuesto objetivo es una situación de insolvencia o sobreendeudamiento, pudiendo ser instada por el heredero, administrador ordinario de la herencia, administrador o curador designado por inexistencia o desconocimiento de heredero, el executor testamentario o los acreedores. Tanto el heredero como el administrador ordinario tienen la obligación de solicitarla en cuanto se dé el presupuesto objetivo. La ignorancia negligente provocará la responsabilidad personal.

Una importante diferencia entre el Derecho alemán y el español es que mientras en el primero la declaración del concurso es independiente del régimen de responsabilidad asumido por el heredero, en el segundo se limita al caso en que la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente. En este punto el autor hace una inteligente observación, cuando apunta que desde la perspectiva de los acreedores de la herencia esta limitación introducida en el Derecho español puede ser sumamente perjudicial. Por ello, considera que la confusión no debería actuar en perjuicio de los acreedores de la herencia. De hecho, aboga por acoger la solución alemana y vincular la separación de patrimonios al beneficio de los acreedores de la herencia y no permitir que una decisión de un heredero insolvente, que pueda optar por aceptar la herencia pura y simplemente renunciando al beneficio de inventario, pueda modificar las expectativas y derechos de los acreedores de la herencia.

Como consecuencia de la administración concursal y al igual que en la administración ordinaria se produce la separación de patrimonios, quedando limitada la responsabilidad del heredero y revocándose retroactivamente los efectos que hubiera producido la confusión patrimonial inicial al abrirse la herencia. Además, durante este periodo no cabe fijar plazo para la formación de inventario. Igualmente, el heredero quedará despojado de la administración, disposición y posesión de los bienes integrantes del caudal relicto. Respecto al pago de los acreedores de la herencia debe seguirse escrupulosamente el orden que rige el procedimiento concursal. El concurso terminará por acuerdo del tribunal al agotarse la masa de la herencia, o al aplicarse el régimen de herencia con activos insignificantes. En este último supuesto se prevé que el heredero quede liberado entregando los bienes de la herencia a los acreedores, salvo que haya incurrido en responsabilidad ilimitada por inobservancia de las exigencias legales para la formación del inventario.

Finalmente, la limitación de la responsabilidad del heredero quedará en todo caso condicionada a que, mediando demanda entablada por un acreedor de la

herencia, el heredero haya solicitado en juicio la reserva de su responsabilidad limitada para impedir que la sentencia condenatoria se convierta en título ejecutivo sobre su patrimonio personal, pues de otra forma, la limitación de responsabilidad no se aprecia de oficio.

Lo referido hasta aquí presupone la existencia de un heredero único. En caso contrario mediará una comunidad hereditaria que el BGB dota de un régimen jurídico autónomo con una complejidad añadida. Esta regulación, que da prioridad a los acreedores de la herencia, en líneas generales es paralela a la que se aplica cuando media un heredero único, aunque incluye ciertas peculiaridades. Esta comunidad hereditaria comparte elementos de la comunidad romana y de la germánica: por un lado, los herederos no ostentan cuotas referidas a bienes o derechos concretos, las deudas del caudal no son objeto de división entre los herederos; pero por otro, la situación consorcial encuentra su origen exclusivamente en el fenómeno sucesorio, los coherederos tienen asignadas cuotas ideales sobre el caudal de las que pueden disponer, pueden instar libremente la división y la correlativa extinción de la comunidad en cualquier momento. Las premisas de esta comunidad hereditaria regulada por el BGB son la responsabilidad solidaria a cargo de los herederos y la plena autonomía del patrimonio hereditario que permanece indiviso y separado de los patrimonios personales de los coherederos mientras permanezca la situación de comunidad. Las principales peculiaridades respecto al régimen aplicable en caso de heredero único son: La administración ordinaria solo puede pedirse antes de la partición y debe solicitarse por todos los herederos de forma conjunta. Por el contrario, la administración concursal puede solicitarse antes o después de la partición. Hecha la convocatoria edictal, que puede hacerse de forma extrajudicial, cada coheredero solo responderá respecto a los acreedores excluidos, después de la partición con la parte del crédito que corresponda a su cuota hereditaria. La formación de inventario realizada por un único coheredero beneficia a todos los demás. La responsabilidad solidaria del heredero puede limitarse antes de la partición mediante una excepción, siempre que el heredero no haya incurrido en responsabilidad ilimitada. Solo en el caso de que el acreedor se dirija contra todos los coherederos, podrá ejecutar los bienes y derechos del caudal relicto antes de la partición. Una vez hecha la partición se mantiene la responsabilidad solidaria de los coherederos, si bien se podrá limitar siempre que no se hubiera perdido la posibilidad de limitación por la comisión de alguna falta en la formalización del inventario.

Una vez analizado con detalle el Derecho sucesorio alemán, el autor Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ nos muestra su opinión desfavorable a que pueda ser considerado como modelo a seguir, debido a su complejidad. De hecho, señala la existencia de ingentes reglas con continuas remisiones entre ellas, jalonadas de múltiples excepciones. Igualmente, critica el alto precio que tiene que pagar el heredero para limitar su responsabilidad: debe renunciar a la administración, disposición y posesión de la masa hereditaria, facultades que se atribuyen al administrador ordinario o concursal. Esta regulación aumenta su complejidad cuando media una situación de comunidad hereditaria, por las importantes variaciones que se introducen a las reglas generales. Critica en síntesis la preferencia que otorga el Derecho alemán a la protección de los acreedores hereditarios, vinculando la separación de patrimonios con la puesta en posesión del caudal hereditario en manos de un administrador independiente, o estableciendo una responsabilidad solidaria de los coherederos antes y después de la partición, indicando que es absolutamente desproporcionada. De esta forma, se opta por un recurso excepcional, como es la pérdida del poder de administración y disposición, propio de

situaciones concursales que se extiende a todo tipo de situaciones. Considera con acierto el autor que este despojo de la masa hereditaria que sufren los herederos es una medida radical y costosa, que si bien en determinados supuestos podría estar justificada, no procede aplicarla a la generalidad de los casos cuando el único propósito es la separación patrimonial. Concluye el profesor MURGA FERNÁNDEZ calificando este sistema como «inoperativo», dada su rigidez, elevado coste y complejidad. De hecho, nos informa que en la generalidad de los casos estos supuestos raramente se ponen en práctica, pues los herederos se limitan a la simple aceptación de la herencia si la masa es solvente, o a repudiarla en caso contrario.

SISTEMAS CONTINENTALES DE BENEFICIO DE INVENTARIO Y SEPARACIÓN

La tercera parte del libro se dedica al estudio de los sistemas continentales de beneficio de inventario y separación que están directamente conectados con el Derecho romano. Comienza este capítulo estudiando las fuentes romanas para luego analizar los sistemas francés e italiano de liquidación de deudas hereditarias. En el Derecho romano la sucesión hereditaria provoca la confusión entre el patrimonio hereditario y el patrimonio personal del heredero, asumiendo este último una responsabilidad ilimitada o *ultra vires*, frente a las deudas de la herencia. Tras señalar que esta confusión puede causar perjuicios al heredero y sus acreedores personales si la herencia es insolvente o a los acreedores de la herencia si la solvencia del heredero es dudosa, MURGA FERNÁNDEZ nos indica los distintos remedios ideados para solventar estos perjuicios.

En primer lugar, el *beneficium abstinendi*, que es un remedio pretorio a favor de los herederos necesarios, quienes no podrían repudiar la herencia, pero que en el caso de estar sujeto el patrimonio heredado a una *bonorum venditio* por insolvencia, podrían rechazar las deudas hereditarias y su responsabilidad ilimitada respecto a las mismas, manteniendo los restantes atributos del heredero. Respecto a los herederos voluntarios, cabe señalar que estos sí podrían repudiar la herencia.

En segundo lugar, la *restitutio in integrum*, que es otro remedio pretorio a favor de los menores de veinticinco años que en el caso de adquirir una herencia insolvente podía neutralizar dicha adquisición y quedar restituidos en su posición original como si la aceptación nunca hubiera tenido lugar.

En tercer lugar, el beneficio de inventario resultó ser una creación justinianea revolucionaria que aún hoy sigue vigente en multitud de ordenamientos. Por esta vía se permite a todo heredero la posibilidad de limitar su responsabilidad sin necesidad de desprenderse de la gestión y disposición del patrimonio hereditario. Se trataba de un derecho alternativo al *ius deliberandi*, este último otorgado por el pretor a los acreedores de la herencia para exigir el pago al heredero, y al heredero para poder exigir un plazo para deliberar y decidir si aceptaba o repudiaba la herencia. Mediante el beneficio de inventario se neutraliza la confusión de patrimonios, quedando la responsabilidad del heredero limitada, pues responde *intra vires hereditatis*. El Derecho romano justinianeo facilitó sobremedida la aplicación de este régimen de responsabilidad limitada, ya que no exigía la declaración expresa, ni mayores formalidades que la intervención de autoridad pública, testigos y la presencia de los sujetos interesados en la sucesión, siendo el único requisito necesario la realización de un inventario detallado y exacto.

A todo lo anterior hay que añadir dos remedios legales previstos a favor de los acreedores. El primero es la *separatio bonorum*, que solo era posible una vez iniciada la *bonorum venditio*, o el procedimiento de ejecución de un heredero insolvente, mediante la cual los acreedores conseguían neutralizar la confusión entre el patrimonio de un heredero insolvente y el caudal hereditario. Ahora bien, este remedio pretorio ha sido objeto de distintas interpretaciones. Siguiendo a Papiniano, el vigente Derecho francés lo aplica como un supuesto de doble preferencia a favor de los acreedores de la herencia respecto a los bienes hereditarios y de los acreedores particulares del heredero frente a los bienes personales de este último. Es decir, se considera que se trata de meras situaciones de preferencia. De esta forma, una vez satisfechos los acreedores particulares del heredero, el remanente del patrimonio personal del heredero puede destinarse al pago de los acreedores de la herencia. Por otro lado, según la interpretación de Paulo, considerada mayoritaria y aplicada por el BGB, la *separatio bonorum* provoca que se actúe como si los bienes hereditarios no pasaran a manos del heredero y se enajenasen como elementos patrimoniales del causante, renunciando los acreedores de la herencia al patrimonio personal del heredero.

El segundo remedio a favor de los acreedores de la herencia sería la *cautio suspecti heredis* que el pretor concedía en caso de que la solvencia del heredero fuese dudosa e implicara una venta independiente de los activos del patrimonio hereditario. Remedio paralelo a la *separatio bonorum*, del que disponían los acreedores sin necesidad de acudir a un procedimiento de ejecución. Finalmente se refieren dos remedios convencionales, como son el pacto de concordato y el mandato de aceptación dado por los acreedores del heredero. En ambos casos, mediante un pacto entre los acreedores de la herencia y el heredero, se posibilitaba la responsabilidad limitada de este último.

Otra característica del Derecho romano era la división automática de las deudas hereditarias. A diferencia de los restantes elementos de la herencia, que pasaban a formar parte de la comunidad hereditaria, sobre la que se atribuían cuotas ideales a cada heredero, los créditos y las deudas quedaban fuera de la comunidad y sujetos a una división automática. Se pregunta MURGA FERNÁNDEZ hasta qué punto tiene sentido mantener este sistema claramente perjudicial para los intereses de los acreedores de la herencia, como se hace en los ordenamientos francés e italiano.

SISTEMA FRANCÉS E ITALIANO

Tras el análisis introductorio del Derecho romano, termina este trabajo analizando de forma conjunta los sistemas de liquidación de deudas hereditarias en Francia e Italia, muy cercanos a los antecedentes romanos. En ambos casos el punto de partida es la confusión patrimonial que da lugar a una responsabilidad *ultra vires* del heredero. Igualmente, en ambos países se han elaborado mecanismos similares para neutralizar los efectos de la fusión de patrimonios, esto es, por un lado, el beneficio de inventario, que en Francia tras la reforma se denomina «aceptación hasta el límite del activo neto», a favor del heredero; y por otro, el beneficio de separación a favor de los acreedores de la herencia.

No obstante, se observan divergencias entre ambos ordenamientos. La adquisición de la herencia en Francia se aproxima al modelo alemán, por lo que en el momento de la apertura de la herencia se produce una automática adquisición provisional que se convierte en definitiva en el momento de la aceptación;

mientras que en Italia se sigue el modelo romano siendo necesaria la aceptación expresa o tácita de la herencia por el llamado, si bien con efectos retroactivos. Dicha aceptación queda sujeta a un plazo de caducidad de diez años.

Respecto al remedio a favor del heredero para evitar la confusión de patrimonios consistente en la aceptación hasta el límite del activo neto introducida en el del Código civil francés por la Ley de 23 de junio de 2006, señala MURGA FERNÁNDEZ que en realidad no es sino una modificación de la regulación del beneficio de inventario, por lo que no considera justificada la modificación terminológica realizada. Señala el autor que dicha modificación ha simplificado, aclarado y flexibilizado la anterior regulación del beneficio de inventario. La declaración que solicita la aceptación hasta el límite del activo neto debe ser publicada a nivel nacional y obliga a la formalización de un inventario detallado del patrimonio hereditario. Este inventario se redactará por un comisario judicial, agente judicial o notario y será depositado en el tribunal, dándosele publicidad también a nivel nacional. Evidentemente, el efecto de esta aceptación será la limitación de la responsabilidad del heredero hasta el activo neto, si bien podrá seguir realizando los actos de conservación o disposición que tenga por conveniente con la obligación de comunicarlos al tribunal. No obstante, en el caso de que incurra el heredero en falta grave responderá con su patrimonio personal. Por otro lado, permanecerán las relaciones jurídicas que tuviera el heredero frente al causante. Otro efecto que se produce es la preferencia de los acreedores de la herencia sobre los bienes del caudal hereditario y la correspondiente preferencia de los acreedores particulares del heredero sobre su patrimonio personal, siendo este último efecto una peculiaridad del sistema francés, respecto a su antecedente, el Derecho romano.

Una novedad introducida por la ley de 2006 es el deber de los acreedores de declarar y justificar sus respectivos créditos, a través de una notificación ante el domicilio electivo de la sucesión en el plazo de 15 meses a contar desde la declaración por la que se solicita la aceptación hasta el límite del activo neto. Manifiesta MURGA FERNÁNDEZ su sorpresa por el efecto que la ley otorga a este plazo, pues los créditos que no se declaren durante el mismo, salvo los garantizados con bienes de la herencia, quedarán extinguidos. De hecho, el autor conecta este punto de la reforma francesa con la Orden del Ministerio de Justicia español de 4 de febrero de 2019, en la que refiere el particular problema de la existencia de deudas ocultas o sobrevenidas a la aceptación de la herencia, y nos alerta de las consecuencias que provocaría seguir en este punto el modelo francés. Por el contrario, ve más razonable la solución aportada en el Derecho alemán en el cual los créditos excluidos no se extinguen, sino que quedan en inferior rango respecto a los créditos reconocidos. Determinado el pasivo de la herencia, procede su liquidación, para lo cual no se prevé un procedimiento de liquidación concursal, siendo un criterio básico el de prelación el temporal. El heredero responderá con sus propios bienes si no comunica al tribunal una enajenación en el plazo de 15 días, o si enajena un bien por un precio inferior al debido, o lo conserva atribuyéndole un valor inferior.

Este último supuesto nos trae a colación el controvertido tema de la determinación del «precio justo» y el carácter absolutamente excepcional de la *laesio enormis* en nuestros ordenamientos, teniendo en cuenta que incluso en el Derecho español está retomando interés el problema del «precio justo», por ejemplo, en el caso del artículo 226 del Texto refundido de la Ley Concursal.

En el derecho italiano el beneficio de inventario exige de una solicitud expresa, formal y la formalización del inventario, que será redactado por el secretario del tribunal competente o por un notario designado en el testamento o nombrado por el tribunal, debiendo ser publicado en el registro de sucesiones del tribunal

competente y en el correspondiente registro de la propiedad. El plazo para formalizarlo depende de si el heredero está en posesión de un bien de la herencia o no. En el primer caso será de tres meses tras la apertura de la sucesión y en los siguientes cuarenta días deberá aceptar o repudiar la herencia, en caso contrario se considerará que media una aceptación tácita. Si el heredero no está en posesión de un bien de la herencia puede realizar la declaración de aceptación con beneficio de inventario hasta que prescriba el plazo de 10 años para aceptar la herencia. En todo caso, el heredero debe administrar y liquidar la herencia, si bien se encuentra mucho más limitado que en la regulación francesa. La liquidación de las deudas hereditarias se podrá realizar mediante un procedimiento individual, en caso de que medie solvencia; o en caso contrario, mediante un procedimiento concursal. En este último procedimiento, que solo se aplicará si lo decide el heredero, rige el principio *par conditio creditorum*. Finalmente, los efectos que produce el beneficio de inventario son similares a los ya referidos al tratar el Derecho francés: Separación de patrimonios, limitación de la responsabilidad del heredero *cum viribus* y la preferencia de los acreedores de la herencia sobre los bienes del caudal, y los del heredero sobre sus bienes personales.

En el siguiente apartado se realiza un análisis conjunto sobre la defensa de los acreedores de la herencia mediante el beneficio de separación, tanto en el Derecho francés como en el italiano. Se trata de un instrumento legal que, si bien está inspirado en la *separatio bonorum* del Derecho romano, en realidad no implica una separación del patrimonio hereditario respecto del personal del heredero, sino más bien una preferencia de cobro entre acreedores. En este punto se retoma la polémica entre las tesis ya mencionadas de PAULO y ULPIANO, de forma que en el Derecho italiano se siguen los postulados del primero y se limita el beneficio de separación a los acreedores de la herencia, y en el Derecho francés se siguen los postulados del segundo y los acreedores del heredero también tienen la posibilidad de ejercitar el beneficio de inventario. Debido a su distinta naturaleza los beneficios de inventario y separación no son excluyentes entre sí. Se trata, además, de una preferencia con eficacia real pues puede inscribirse en el Registro de la Propiedad y evitar la aparición de terceros de buena fe. En el Derecho francés este beneficio de separación puede solicitarse por los acreedores de la herencia, los legatarios de legados dinerarios y los acreedores personales del heredero. Por su parte, en el Derecho italiano únicamente pueden solicitar este beneficio de separación los acreedores de la herencia y los legatarios, si bien todos ellos sin limitación. El objeto sobre el que recae este derecho son los bienes y derechos del causante no extintos por su óbito, si bien regirá el principio de subrogación real en caso de que hayan salido del patrimonio hereditario. En esta materia el problema que se discute son las consecuencias del concurso entre acreedores de la herencia separatistas y no separatistas. En Francia, la Corte de Casación tiene dicho que los acreedores separatistas no son preferentes a los no separatistas, ya que la preferencia que proporciona el beneficio de inventario solo opera frente a los acreedores personales del heredero. Solución difícil de aplicar cuando la herencia se acepte pura y simplemente. De hecho, se extraña MURGA FERNÁNDEZ de que el legislador francés no haya aprovechado la reforma de 2006 para resolver este dislate. Por su parte, el artículo 514 del Código civil italiano regula esta materia señalando la preferencia de los separatistas cuando el patrimonio separado sea suficiente para satisfacer deudas y legados; y estableciendo que en caso contrario todos los acreedores y legatarios concurrirán conjuntamente aplicando una regla que MURGA FERNÁNDEZ, haciéndose eco de la propia doctrina italiana, califica de compleja y de difícil interpretación.

Finalmente cabe señalar que tanto en el Derecho francés como en el italiano se sigue el modelo romano respecto a la situación de las deudas hereditarias en la comunidad hereditaria previa a la partición. De tal forma, dichas deudas quedan fuera de la comunidad hereditaria produciéndose la división automática de las mismas entre los coherederos. Este hecho, según MURGA FERNÁNDEZ, implica un beneficio de los herederos en claro perjuicio de los acreedores de la herencia, provocando un desequilibrio importante en perjuicio de estos últimos, y es opuesto a la responsabilidad solidaria de los coherederos prevista en los sistemas alemán y español.

Termina el autor esta parte de su trabajo analizando dos aspectos novedosos de la reforma francesa de 2006. Uno supone la delimitación de la responsabilidad del heredero que acepta pura y simplemente y, sin embargo, no responderá por los legados dinerarios con su patrimonio personal. La otra novedad, introducida en el artículo 786 del Código civil francés, es la acción de exención o reducción de deudas sucesorias ignoradas y excesivamente onerosas para el heredero. Señala el autor que esta es una medida extrema que no solo afecta a los ya referidos créditos no declarados en el plazo de quince meses, sino también implica la exención total o parcial del heredero cuando tuviese motivos legítimos para ignorar en el momento de la aceptación una deuda hereditaria cuyo cumplimiento implicase una grave carga para sus bienes personales.

La consideración final que merece a Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ el análisis de los derechos francés e italiano es favorable, en tanto que considera que la confusión patrimonial permite un traspaso de bienes y deudas sencillo y poco costoso. Igualmente es favorable el juicio que merece la regulación de los beneficios de inventario y de separación, que a diferencia del modelo alemán, no castigan al heredero privándole de la posesión, administración y liquidación del patrimonio hereditario. Sin embargo, MURGA FERNÁNDEZ critica la respuesta que se da en Francia e Italia en casos de insolvencia, pues ni se garantiza la igualdad efectiva entre acreedores concurrentes, ni en el caso de Italia, los acreedores pueden tomar la iniciativa de la liquidación concursal, que queda supeditada a la voluntad del heredero. Igualmente, critica la reforma francesa por incompleta, al dejar numerosos interrogantes pendientes, y finalmente considera que la acción de exención causa más perjuicios que beneficios.

CONCLUSIONES

Termina la obra con unas conclusiones finales en las que aporta las líneas maestras que considera que deberían orientar todo modelo de liquidación de deudas sucesorias:

En primer lugar, considera como la opción natural, sencilla y menos costosa la fusión patrimonial y liquidación de las deudas sucesorias integradas en un solo patrimonio. Igualmente, considera adecuado ofrecer como alternativa la posibilidad de una liquidación separada de la herencia al alcance de herederos y acreedores de la herencia a fin de proteger sus respectivos intereses. Esta liquidación separada debería ser flexible y asequible al heredero, dotada de reglas sencillas y claras. Propone el modelo anglosajón en el cual el beneficiario puede liquidar la herencia sin necesidad de elaborar inventario, salvo que lo soliciten los acreedores de la herencia o legatarios.

Por otro lado, considera que la supervisión judicial y la designación de administrador independiente deberían ser opcionales en aras de la protección de los acreedores de la herencia.

Considera necesaria la liquidación concursal en caso de insolvencia notoria, si bien sujeta a reglas sencillas sin remisiones a la ley concursal.

Finalmente, en materia de comunidad hereditaria señala el modelo alemán, en tanto que prevé una liquidación separada junto con la responsabilidad solidaria de los coherederos, rechazando la división de deudas entre los mismos.

A la vista de lo dicho hasta aquí, podemos concluir que el trabajo realizado por Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ cumple con las expectativas que genera el título de la obra: «Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias», pues si bien no se detiene en la distintas regulaciones de cada uno de los estados europeos (algo que, por otra parte, hubiera sido tedioso e improductivo), sí que ha sabido plantear y explicar con maestría los principios, razones y objetivos de los principales sistemas sucesorios existentes en Europa. Se trata de un trabajo realizado con espíritu crítico que aúna dos valiosas virtudes. Por un lado, aporta una obra necesaria e imprescindible que completa la literatura civilística escrita en lengua española en una materia de absoluta actualidad, cuya reforma legislativa está en ciernes. Por otro lado, el profesor MURGA FERNÁNDEZ ha sintetizado con acierto una normativa densa y prolija, proveniente de diversos ordenamientos, en un texto sencillo, ameno, de fácil lectura, construyendo un hilo conductor que desde un primer momento mantiene al lector en vilo, pues va alimentando su curiosidad conforme va ahondando en las distintas materias que trata. De hecho, ofrece una lectura fácil y atractiva, que se agradece, en una materia que si bien es interesante no deja de ser compleja.

En esta sociedad dominada por el marketing digital, en la que la imagen ha ganado a la palabra, en la que se nos invita a la hiperactividad y se nos somete a la dictadura de la acción, resulta muy refrescante encontrar soplos de aire fresco, como este libro, que nos invita e incita a la reflexión. Por ello, debemos felicitar al autor que ha afrontado un duro reto con determinación y que, a través de sus líneas, nos traslada su amor por el saber.

GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José, «Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE», Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Madrid), 2018, 268 páginas.

por

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ

*Profesor sustituto interino, acreditado a Ayudante Doctor
Área de Derecho procesal, Universidad de Jaén*

Pocas normas no emanadas del legislador español han tenido un impacto tan superlativo en el Derecho procesal y sustantivo civil y mercantil español como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A partir de la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJUE) ha realizado de dos de sus preceptos (el artículo 6-1, relativo al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas, y el artículo 7-1, relativo a la dimensión específica del principio de efectividad derivado de dicha Directiva) se ha

cuestionado un gran número de instituciones jurídicas previstas en el Derecho nacional español.

De este modo el diálogo u ósmosis entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia se erige como materia de estudio que entraña una gran complejidad, precisando de estudios como la obra que tengo el honor de recensionar, de María José GARCÍA-VALDECASAS DORREGO —Abogado del Estado en la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en representación del Reino de España—. Por ello, y como consideración inicial, la monografía analizada se configura como una obra actualizada, completa y de referencia sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Derecho de consumo.

Del análisis de la estructura de la obra se aprecia que se divide en ocho capítulos, siendo los últimos de conclusiones, jurisprudencia, legislación y anexos. El prólogo es de Juan María DÍAZ FRAILE —registrador de la propiedad y acreditado a catedrático de Derecho civil—. El primer capítulo corresponde a la introducción, cuya consideración inicial se orienta a poner de relieve el activo recurso de la cuestión prejudicial comunitaria por los jueces y tribunales españoles para recabar del TJUE la correspondiente tutela en defensa del consumidor. La cuestión principal planteada por los órganos jurisdiccionales remitentes ha sido el carácter abusivo de la cláusula analizada por los mismos en procedimientos internos de diversa naturaleza.

En el capítulo segundo se estudia el inicio del diálogo entre los tribunales nacionales y el TJUE en la materia. Para ello se estudian las resoluciones del TJUE que sentaron las bases del diálogo posterior. En concreto de los casos Océano, Mostaza Claro, Asturcom y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Como destaca la autora, esta jurisprudencia compartía un rasgo esencial, cual era buscar siempre una interpretación conforme con la Directiva 93/13, sin cuestionar explícitamente la norma española. Por ello inicialmente no se considera que la norma procesal española puede ser contraria al Derecho de la Unión Europea si bien se permite el control de oficio de las cláusulas abusivas y se configura dicho control como una obligación que corresponde al juez nacional.

En el capítulo tercero ya se pasa a un diálogo que sí cuestiona la adecuación de las normas procesales españolas como segunda etapa. La autora señala dos sentencias clave en la evolución del diálogo y claramente incidentes en el sistema procesal español: los casos Banco Español de Crédito y Aziz. Este cuestionamiento se produce en tres procedimientos de distinta naturaleza: el procedimiento monitorio, el procedimiento de ejecución hipotecaria y diversos procedimientos declarativos. La cuestión clave estribaría en las consecuencias de la declaración de nulidad de diversas cláusulas abusivas contenidas en contratos entre consumidores y profesionales, frecuentemente del sector bancario (a modo ejemplificativo cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y de intereses de demora).

Los problemas resultantes de dicha jurisprudencia han tenido una índole variada para los propios juzgadores españoles. En relación a la ejecución hipotecaria (considerada por la autora como el diálogo más relevante), se destaca cómo a pesar de las múltiples reformas legislativas acometidas en España el diálogo permanece abierto, lo que implica la preocupación de los jueces españoles de asegurar el respeto al principio de tutela judicial efectiva en relación a los consumidores que son objeto de una ejecución hipotecaria. Igualmente el impacto de resoluciones como el caso de Gutiérrez Naranjo y el cuestionamiento no ya de normas sino de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en casos como el citado en relación a la cláusula suelo o Banco Santander, S.A., contra

Mahamadou Demba en relación al interés de demora) han provocado que el diálogo pendiente adquiera un matiz complicado y delicado, debido a la inclusión de más interlocutores y la complejidad de los problemas estudiados. Por ello la autora valora con muchos de los problemas que implicó la apertura de la caja de Pandora con Aziz tras cuatro años sigan pendientes, lo que podría dar pie a la necesidad de reflexionar sobre las consideraciones jurídicas iniciales del TJUE.

Por último, el capítulo cuarto examina una tercera etapa en la que el diálogo se extendería a otras normas procesales. Los órganos jurisdiccionales españoles han intentado aplicar la jurisprudencia del TJUE a otros procedimientos internos, tales como la Jura de Cuentas de los abogados a sus clientes, el procedimiento extrajudicial de ejecución de bienes hipotecados ante notario y el juicio verbal de protección del derecho real inscrito. De entre todos los casos se destaca la jurisprudencia sentada en el caso Banco Santander, que puede ser susceptible de abrir un nuevo escenario en el diálogo entablado en relación a los límites de la protección que confiere la Directiva 93/13. En este sentido subraya la autora el carácter consiguientemente necesario del principio de seguridad jurídica como principio general del Derecho de la Unión, que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de la Directiva 93/13 al igual que el principio de protección de confianza legítima.

Destaca una conclusión esencial a la que llega la autora: a pesar del número de resoluciones producidas, aún no se ha determinado con precisión por parte del TJUE el verdadero alcance de la Directiva 93/13, precisando la materia de mayor claridad a la compleja situación jurídica creada, en busca de la eficacia del principio de seguridad jurídica.

Analizados los parámetros más relevantes de la obra recensionada, no dudamos en considerar que *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13* como una monografía de gran precisión y relevancia en la materia, de profunda síntesis y clara estructura, perfilándose como un libro de enorme interés no solo por el profundo y complejo marco teórico (nacional y europeo) que sintetiza la Abogado del Estado GARCÍA-VALDECASAS DORREGO; sino además por su repercusión práctica y de gran utilidad para los operadores de la Jurisdicción civil (para toda clase de estudiantes, investigadores y profesionales jurídicos en general). La candente actualidad de la continua jurisprudencia del TJUE conlleva una permanente novedad que precisa de interpretación cualificada en su aplicación forense, sin duda superada por la autora.

Es de alabar la claridad expositiva en la forma de escribir de la autora, de tal manera que en un tema tan complejo llega a envolver para seguir profundizando en una materia tan compleja como la tratada.

En resumidas cuentas, recomendamos inequívocamente el libro y lo consideramos como una referencia fundamental y básica en materia de Derecho de la Unión Europea. De su lectura se nota la perfecta aportación desde una perspectiva crítica de una distinguida autora de reconocida solvencia profesional bajo estados del más alto tribunal europeo, apreciable en la claridad y versatilidad de respuesta a los múltiples interrogantes e interpretaciones complejas que se derivan de la jurisprudencia aplicadora de la Directiva 93/13.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lop@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002